BACHOUIUS AUGMENTATUS ID EST CL. V. REINHARDI BACHOUIJ ECHTIJ. J.V.D. NOTAE ET...

Reiner 1575-ca. 1640 Bachoff von Echt


IONALE
13
4 D
23
VITT EMANUELE

BACHOVIUS AUGMENTATUS

Ideſt

CL. V. REINHARDI BACHOVII ECHTII.

J.V.D.

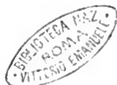
NOTÆ ET ANIMADVERSIONES AD DISPVTATIONES

HIERONYMI TREUTLERI I.C.

Nunc demúm

Conſtẽtarijs Additionibus ad Volum. Poſt ſingulas diſputationes ex jure theorico, practico, publico & militari, quæ tam à Treutlero quam Bachovio prætermiſſæ fuerunt, adauctæ & locupletatæ.

Opus omnibus tam in theoria quam in praxi verſantibus utiliſſimum.













COLONIÆ AGRIPPINÆ,

APVD ANDREAM BINGIVM BIBLIOPOLAM.

ANNO M. DC. LVIII.

Cum Privilegio S. CÆSAREÆ MAIEST.



COLONIÆ AGRIPPINÆ.
SVMPTIBUS ANDREÆ BINGEN BIBLIOPOLÆ IN LAVRETO. MDCLIIII.
Cum Privilegio S. Cæs. Maiestatis.

Generosis & Praenobilibus

Clarissimis, Consultissimis & Amplissimis Dominis Serenissimi Electoris Brandenburgici Consiliariis Status seu Regiminis in Ducatu Clivensi & Marchiae Comitatu.

Dn. VVIRICO à BERNSAVV,
Domino in Bellinghoven.
Dn. FRIDERICO ab HEIDEN,
Domino in Rade.
Dn. CONRADO de STRUNCKEDE,
Domino in Strunckede.
Dn. ARNOLDO ADRIANO de BILANT,
Domino in Halt.
Dn. ALBERTO GISEBERTO de HUCHTENBROCH,
Domino in Garterff & Horne,
Dn. JOANNI à DIEST Vice-Cancellario.
Dn. Doctori JOANNI MOTZFELD.
Dn. Doctori WILHELMO BACHMAN.
Dn. Doctori JOANNI STEINBERG.
Dn. Doctori DANIELI WYMAN.
Dn. Doctori ADAMO ISING.
Dn. WERNERO WILHELMO BLAESPIEL.
Dn. HERMANNO de ELVERICH condicto HAES.

Dominis suis gratiosis & benevolis.

Generosi, Prænobiles, Strenui, necnon Clariss. Ampliss. & Consultissimi Domini.



Xperientiâ rerum omnium magistrâ comprobatur, illum qui procelloso atque infido, sine benigno syderis aspectu se committit mari, illum, inquam, debere undis ludibrium ac ventis. Quapropter, quum non immerito sapientum plerique dixêre, hominum cætum Pelagum esse non fidum, eumque ingredi illum qui sumptibus suis adhibitum laborem typis promulgando, fluctuanti mortalium judicio incautus se sistit, ne hoc ipsum operi nostro contingat valde timentes, sub umbrâ aurâque GENEROSIT. & AMPLITUD: Vestrarum, vela in altum intrepidè pandere, æquum consultumque esse duximus, prorsus confisi subtilissimum hocce & elaboratum acutissimi Viri Domini *Reinh. Bachovy* ad *Treutlerum opus* communem adversantis invidiæ ventum, syrtesque difficilis censuræ, sub tam illustri & generoso Patrocinio, cursu successuque prospero haud difficulter superaturum; Quâ fiduciâ freti non dubitamus, quin GENEROSIT. & AMPLITUD. Vestræ illud tanto benigniori pariter ac gratiori vultu sint excepturæ, quanto id olim zelo, mutuis studiis vestris

ex

ex parte elaboratum eſt ac confectum. Hoc facto certiſſime eventurum ſperantes, ut benevolo GENEROSIT. & AMPLITUD. Veſtrarum complexu, Opus hoc præſens inter tot procellas, turbineſque invidiæ & calumniarum, tranquillitatem optimam, ſummamque ſecuritatem anchorâ bene jactâ ſit nacturum. Interim, ut hanc qualemcunque Dedicationem æqui bonique conſulatis. Deus Opt. Max. vos boni publici veræque juſtitiæ ad cujus clavum ſedetis adminiſtratores, ad Status totius & ſubditorum ſalutem ac incrementum, ſoſpitet ac conſervet, ſic precatur ac vovet:

GENEROSIT. & AMPLISS. D.D.
VESTRARVM.

Cliens Devotiſſimus,

ANDREAS BINGIVS.
Bibliopola.

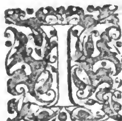
DISPVTATIO I.
DE IVSTITIA ET IVRE.

Respondente

M. ANDREA LUDOVICO SCHOPPERO
Onolsbacensi Franco.

THESIS I.

LIT. A.



US illud primum à iubendo]otiose hæc notatio repetitur *th.3. lit. C.* nec recte hic ad speciem accõmodatur notatio toti generi communis, quam etiam ut talem proponunt *Curt. I. conjectur. 1. Don. 1. commen 4 & 5. & 2. commen. 1. Char. 1. Verisi. 1.* Est ea notatio partim Grammatica, unde apud Festum, Iura Iussa, quod antiquis litera R. non in usu: partim a reipsa, quod cives secundum ius vivere iubentur, & princeps virtus legis est imperare *argum l. 7. de legib. de quo d. th. 3. lit. C.* Cæterum cum tradatur Etymologia iuris, non bene ut diss. adducitur Alciat. apud quem tamen toto paradox. opere nihil tale.

LIT. B.

Non enim qui facit iuste.] rectius, iusta: quia iuste agere Philosophis notat actionem ex habitu vel dispositione fluentem.

Per metonomiam subiecti.]ergo Iustitiæ subiectum erit voluntas, & ita Aristoteles *5. Eth.* apud quem etiam nihil ejusmodi, non recte advocatur, ex cujus sententia omnes virtutes morales in parte animæ appetente. Stoicorum illa perhibetur opinio, itemque Thomæ & aliorum teste *Picol. gr. 4. Phil. Moral. c. 11. Aristotelis 5. Eth. 1.* Iustitia describitur habitus, secundum quem homines volunt & agunt iusta: ex quo eam in voluntate tanquam in subiecto esse, minime consequitur: & fortasse ICti justitiam, quasi in actu aut prope actum definite voluerunt, quia habitus movet voluntatem, *ut Ehem. 5. d. princ. 5. post VVesemb. in parat. hic. Cui. in not. ibid. Don. 1. comm. 16 & 2. comm. 1.*

Eleganter Cuiacius.]Dicitur apud *Gellium 17. c. 5.* Liberalitas constantia perpetuæ benignitatis: Vbi utique benignitas non habet locum subiecti. Imitabor rectius, si dicam, constantia perpetuæ rectitudinis aut æqualitatis: quod alias hæc descriptio cõstantia perpetuæ voluntatis sit communis omnibus virtutibus.

Ex quibus apparet, nec inter.]consequentis rationem non video, quia licet explicato tropo; dicas esse voluntatis perpetuum & constantẽ habitum, eadem obiectio manet, ejusmodi habitus hominem non esse capacem: quam nec evitare possis, nisi verbis illis pinguius acceptis cum *Ethemio 5 de princ iur. 5.* ut intelligatur constans juxta conditionem humanam, in quantum est possibile *Bartol. in l. Iustitia h. t. Ang. Ioh. Fab. Port. in princip. I. h. t. quam communem esse explicationem Dd. Iason in d. l. in fin. testis est* Neque tamen, si proprie accipias vitiosa erit definitio, quæ rem qualis essentia sua est, non ad conditionem subiecti, describit: quod familiare fuisse Aristoteli, notat *Flamin. 1. d. felic. 14.* quomodo ab Aristotel. felicitas, à Platone Respubl à Xenophon. princeps, à Cicerone orator, ab Onosand. Dux à Castilion. & Torquato Tasso & alijs politicis aulicus & legatus describuntur, & à Stoicis vir bonus & sapiens, quem ipse Seneca vix 500. annis ut phænicem semel apparere ait. Et si nulla virtus sola, sed ubi una in perfecto sc. gradu, ibi omnes, quæ concordans Philosophorum sententia est, vix unquam verus virtutis alicuius habitus in homine erit. Scilicet, ut Cicero alibi loquitur, non vivitur cum perfectis & bene nobiscum agitur

gitur, si initia virtutum habeamus. Secundum quæ distinctio inter concretum & abstractum improbanda non est, quæ etiam placet *Bald. in l. iustitia h.t. proponitur: & refertur à Port. ad princip. th.* 1. quod sit inconstans non ratione essentialitatis justitiæ, sed pravi contenti, quod est homo, à qua nõ videtur abire alia inter essentiam & existentiam: etenim adductam à Tr. inter habitum & actum non satis capio, neque recte virtutem in abstracto consideratam, in habitu dici existimo. Illi nec refutatione digni, qui sequuti primam opinionem gl. intelligunt definiri justitiam divinam, quæ utique finis ICti aut Iurisprudentiæ non est: à quo in disciplinis practicis initium sumi solet, & suavis ratio Hottom. quod Iustitia Romanis, culta pro Dea: quasi vero Dea posset dici volũtas.

Ex hoc autem.] Mala hæc collectio est: iudicis arbitrio relinquendum non est, &c. quia justitia est constans & perpetua voluntas. Mẽbra inter se non cohærent, Iustus, videlicet quia in eo talis habitus est, semper constanter ex eo aget: sed nec cujusvis civis, & omnes tamen justitiam colere debent, officium in judicando occupatur: quin eum qui in Republic. quales pleræque sunt, vulgari, in qua LL. non ad veram justitiæ normã omnes & semper formatæ. & in qua non idem vir bonus & civis bonus, illam rectitudinis cõstantiam sive voluntatis constantem rectitudinem, aliquantum obliquare, & ad statum Reipubl. accommodare, nec raro cum mutatis LL. ipsum mutari oportet, quia ut docet *Aristotel. 7. pol. 15* alia est justitia considerata absolute, alia, ad statum civitatis: in quo vera ratio est, ob quam iudicem oporteat sequi, quod jure decisum est, cum etiam recte Sociate apud Xenoph. id iustum habendum sit, quod in civitate LL. sancitum est.

Vel per argumenta] Male hæc duo copulantur, male utrique eadem authoritas tribuitur, quod decisum in terminis, & quod argumentando elicitur: quia in hoc suo quisque judicio plurimum tribuit, & habeat aliquis pro demõstratione, quod alteri nec ἔνδοξος sit probatio: & æquilibriũ istud rationũ utrinq; recte perpendere, adhuc longe fuerit difficilius.

Ac proinde nulli] Nulla hic etiam consequentia: quia omnes casus sub ista duo capita præmissa revocari non possunt: multa arbitrio judicis committenda, multa in quibus lex deficit, æquitatis arte supplendæ: quid dicã quæstiones juris mere civilis, opinionibus interpretum ita utrinque agitatas, ut ipsis aqua hæreat? alibi videas decisionem imperatoriam requiri, alibi opinionem communem contra communem adduci: Hic nisi conscientia alio vocet iudicem, casum pro amico quætenus, & in quæstione adeo incerti iuris, ut pro amico iudicetur permittemus: cum Philosophi etiam amici causa de via declinandum permiserint, ut est apud *Gell. 1. noct.* 3. Neque hic statuimus talem respectum personarum, qui impediat administrationem & executionem iustitiæ: quo pertinet *l. 13. inf. cum l. seq. ad Trebell.* neque talem qui deflectat à iustitia, qualem intelligit Tesseum: qui tales casus appellat pro Diabolo.

Vide graviter.] Tessaurus loco citato valde paucis verbis & ieiune hac de re disserit: sed de iudicibus licentiam iudicandi ut velint, recte negat, ex ea autem nullos casus pro amico esse male infert: & ipse Tr. in f. l. c. ubi ius incertum est, ad compositionem partes vult compelli: ubi si iudicandum sit iudici, salva conscientia alterutram opinionem sequi poterit. Ibid. quod Thessaur. Tribonianum ob LL. sæpius & forte in gratiam privatorum mutatas, reprehendit, à Tr. male huc accõmodatur.

Alias non de nihilo est ista criminatio, & desultoria ista levitas in subinde figendis & refigendis LL. non probanda (licet hoc prava iudicio laudi Triboniani, id tribuat Procopius. quod in id totus intentus fuerit, & hoc unum egerit, ut quotidie novas LL. promulgaret) sed damnanda est, quod nihil magis legum autoritatem à qua sola earum vis dependet, convellat, quam crebra mutatio: qui locus communis a Politicis tractatur: Acerbius de Tribon. Suidas: quod corruptus precio leges in diem sanxerit, prout cuiusque exegerit necessitas: & in eo morbum avaritiæ notat Procop. lib. d. reb. pers. quem tamen obumbratum fuisse ait τῇ περιουσίᾳ τῆς παιδείας.

Verum est non nisi unum.] Cum res iudicata pro veritate accipiatur, fit ut aliquando contra idipsum, quod in rebus ipsis verum est, aliud diversum existat verum iudiciale: quomodo verum dicitur, quod in iudicio iure receptis modis iudici probatur: quod non discordat ab eo, quod Lege Dei in ore duorum vel trium debet stare omne verum, de quo pluribus disput.

put.11 An iudex secundum consc. an acta iudicare debeat.

Ita & iustum respectu eiusdem obiecti.] Hoc priori longe falsius, quod hoc tantum verum in iusto siue jure primo, non in iure positivo, quod teste *Aristot. 5. Ethic.* ex se iustum non est, ideo neque apud omnes, neque apud eosdem semper iustum: quin amplius ubi de iure quod ex circumstantijs variatur, aut non decisum opinionibus interpretum agitatur, quo quidē hæc disputatio Tr. pertinere videtur, eod. tempore idem justum & injustū videri potest.

Sicut verum ita & iustum.] Liquet ex dictis & per se constat, longe maiorem veri simplicitatem & certitudinem esse, eoque hanc veri & iusti comparationem non recte se habere.

Ex his efficitur falsum esse, quod Tr. tantum respectu nostri & per accidens jus incertum esse ait. Ipsius quidem ibid. improbandum consilium, vt in re dubia res dividatur, aut partes transigere compellantur. Tentare hoc debet iudex, compellere non debet: & rē dividere fortasis sit arbitri, numquam iudicis, cuius est, accurate in rem inquirere, & prout religio ipsi suggerit, pronunciare *l. 79 de iud.* Textus allegati nihil probant. *Zas in l 2. §. ex his d. V. O* de casu singulari compellendi loquitur, & divisionem in quæstione possessionis, nec hoc tamen satis bene, admittit. Cuiac. non de dividenda re, sed media sententia eligenda tractat. Menoch. & Thessaur. varias opiniones referunt, ipsi consilium Tr. nec probant, nec hic secundum illud iudicatum esse attestatur.

LIT. C.

Apud Plat. 1. de Republ. hæc tantum nuda descriptio iustitiæ extat, τὸ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι. Eam descriptionem & adeo etiam ICti & Iustin. contra. Tr. autumo esse iustitiæ universalis, cui etiam soli adæquata est differentia: quod oportet suum cuique tribuere, secundum omnes LL. & omnes virtutes, quas sub se comprehendit ista iustitia, hoc saltem à virtute in genere diuersa, quod in relatione ad alios spectatur: quam etiam ICti & Iurisprudentiæ finem esse probat N. 69. nec minus late patet officium ICti, interpretando, & ad casus singulares applicando, quam Legislatoris sanciendo Leges: Errant qui istud intra cancellos forensium causarum concludunt: aliud advocatus, aliud ICtus est: licet forte apud populum aliquem officium ICti angustioribus finibus circumscribatur.

Firmatur id ex disputatione Platonis, 5. d. Republ. ubi ait, quod necessitas introduxerit Iurisprudentiam: quia cum LL. & brevitate sua & generaliter omnes casus, partim ob ignorantiam Legislatoris, & factorum, quam varietas circumstantiarum parit, infinitum, comprehendere non possint, ICto opus est, qui defectum istum per interpretationem Legum omnium & juris ad facta singularia applicationem suppleat. Aristoteles nos non oppugnat, qui iustitiam ita non definit, eam in genere acceptam universalem & particularem distribuit: quomodo & in genere definita hic dici potest justitia. Quod interpp. omnes Ethic. adducit, audaciuscule facit, & lectori imponit: Et nos cum ea publice interpretaremur, aliquam multos, plus minus viginti, inspeximus, & omnes illi defugiunt authoritatem: Philip. tantum istud affirmat, ratione sed id confirmat nulla.

LIT. D.

Derivationem istam nihil moror, nec autores allegatos: (inter quos falso citatur August.) Videtur mihi illa allusio esse, Ius dictum a justitia: quam à re ipsa confirmat: quod Ius sit ars æqui & boni: quia Iustitia posita est in præstatione æqui & boni, ideo Iurisprudentia vel ipsum Ius, quod ad æquum bonum collimat, à Iustitia esse videntur: & igitur istud & ad jus & artem juris referri potest: quæ sententia est Donelli male improbata à Tr. *adde Conrond 1 verisim* Et ergo possit videri non satis ad mentem ICti ea ratio, quod jus fluxerit ex fontibus justitiæ. Illa probatio, jus sumi, pro juris arte, ab appellatione studiosorum juris, nulla est: quia nihil necesse est ita ibi verbum juris explicari: & nulla confirmatio, quia sumantur pro Iurisperitis; quoniam nulla alia in his, quam in illis Iuris significatio Iuris studiosos, eiusdem peritos fuisse præter *l. 1. de off. ass. decet etiam l. 9 § 4 de pœn l. 4 de extr cognit. Sueton. in Neron c. 32 Gell. 12. c. 13.* Sed eosdem etiam ICtos vel antecessores habitus fuisse nō dixerim, quæ forte nomina ijs propria, qui facultatem respondendi à principe acceperunt, iuxta *l. 2 § 47. d. O. I.* nisi fortasse sicut Philosophi, modestiæ causa ita sese appellitasse quis suspicetur.

THESIS II.

LIT. A.

EOque sensu ius accurate.] Atquin ,quod differentia adjecta ostendit, jurisprudentia hic non definitur, ut methodice traditur, sed ut habitus practicus, quo sensu non ars sed prudentia dicenda est: quod ipsum in allegatis animadvertit Tr. in hoc fallus; quod sæpius ita definiri existimare videtur. Rectius *Charond. 1. verisim. 1.* quod sit doctrina bene & apposite ad factum de jure respondendi. Plane ex duabus rebus quibus prudentia juris continetur, cognitione legum, & facultate quadam, etiam ubi jus deficit de facto respondendi, posterior hæc pars dignior & difficilior, ex eaque magis æstimandus est ICtus, teste *Coras. d. art. iur 17.* cui est disciplina quædam boni & æqui regulis conclusa. Posit & dici prudentia, per remedia certa personis super rebus justitiam administrandi.

A fine principaliori]Obscuriora hæc, si ita explices rectè se habebunt, quod hæc disciplina prudentia potius, ob communem cum ipsa finem, quam ars sit appellanda: sed tamen non rectè dicitur finis principalior, quia nullo modo & nullum finem cum arte communem habet: & accuratius loquendo distinctio prudentiæ & artis ab obiecto petenda est, per tradita ab Arist. 6. Eth 4.5 & 8.

Non simulata Philosophia hoc est, &c.] Obscurum & hoc, nec Ethica Philosophia simulata dicenda videtur, & de eo nihil apud Aristotelem 2. Eth. Ita iuvabis Treutlerum, si ex eorum sententia locutum dicas, qui Ethicam nō partem contradistinctam politicæ, sed communem faciunt, politicam specialem, quæ præcepta generalia accommodat ad societatem civilem, & ita ad hypothesin deducat Iurisprudentia, Cæterum ita opponetur Ethicæ, quod præcepta nuda longe minus efficaciæ habent, quam præmia & pœnæ ad faciendos bonos teste ipso *Aristot. 10 Eth. ult* Videri & posit *in l. 1. de iust. & iur.* Philosophia practica opposita contemplativæ, quam & Reip. & ad formandos mores inutilem non attigisse Socratē testis est Xenoph cuius adeo studia ex eo dicta περιττα. Arist. 8. *polit. 2.* & ibi Victorius: & scil. hoc respectu Iurisprud. dicetur Philosophia non simulata.

Quæstio de jure in artem redigendo simplex non est: Equidem quatenus sumitur pro facultate ex æquo respondendi, artis formam non recipere constat: eoque male Tr. adducit *l. 1. h. t.* ubi dicitur ars æqui & boni. Et inter Iurisprudentiam absolute & ad aliquam Rempublic. consideratam, fuerit distinguendum. Bodini & aliorum, qui Ius Rem. in artis formam redigi posse negant, oppido quam frivolæ sunt rationes, nobis sufficerit vel autoritas *Cic 1. de Orat.* quem etiam libellum de Iure civ. in artem redigendo scripsisse tradit *Gell. 1. noct. 22.* Cæterum omnem formam methodo Tribon cum Tr negare nolim: & contra eundem, utcunque ex aliorum methodicis operibus unum opus constituatur, non tamen ob id Iurisprudentiam præsertim ad Rempubl. & forum nostrum recte se habituram, & illud votū & consilium Tr. ut ex omnibus methodicis scriptis, &c. vanū existimo. *v. etiam Alb. Gent. 2. lect. 11. Mercer. 1. opin. 1. Char. 1. verisim. 1. Ethē. ult. d. princip Iur penult & ult. Fab.* in præfat. ad Rationalia & Iurispru. Papin. cuius illud tamen aperte falsum, quod Iurispru. nostra forte tam certa habet principia quam mathematicæ, quia qualia obiecta talia sunt principia: & vere Arist. 1. Eth. de obiecto disciplinarum practicatum: τὰ καλὰ καὶ τὰ ἀγαθὰ πολλὴν ἔχει πλάνην καὶ διαφοράν.

LIT. B.

Multa æqua non essent, &c.]Ergo ex sententia Tr. accessione boni quicquid legibus sancitur, fiet æquum. Quod magis est ne falsum sit, etiam politice, quo sc. sensu bonum est, quicquid Reipubl. utile est, id autem omne æquum non est: quod præter alia ostenditur ipso exemplo usucapionis, quæ bono publico defensa *l. 1. de usucap.* aliquid iniquitatis præsertim ad iuris veteris rationem habet *argum pr. I. d. usucap. l. un. in pr. C. de usucap. transf.* & seclusa circumstātia boni publici usucapionis ius defendi non possit, quod recte docet *Molina tract. 1. de iust. & iur disput. 4.* quæ etiam sententia non omne bonum esse æquum est *gl. & Dd. in l. 1. h. t. Paul. d. Castro in l placuit. C. d. iud.*

Est autem æquitas.] Sive æquitatem sumas pro habitu, sive pro suppletione iuris scripti, sive pro ipso æquo, non recte dicitur proportio duorum vel plurium licet æquum sicut iustum possit dici consistere in quadam proportione.

Cui summum ius.] Cum summum & strictum ius pro iisdem accipiat, admitti non potest, strictum ius legibus expressum, summam esse iniu-

injuriam: & hac ratione saltem pugnare dicitur æquitas cum iure stricto, quatenus hoc significat rigidam observantiam & captationem verborum, cum neglectis circumstantiis ius universale facto singulari applicatur, & ita mens legislatoris circumvenitur: de quo bene *Con.1.comm.11.n.3 Ethem.6.de prin.iur.ult.*

In eo tamen male.] Hæc distinctio non quidem recte applicatur ad *L.8.C.de iudic.* sed alias tolerari potest, & ad rationem nostri iuris, cuius præcipuam partem faciunt responsa & interpretationes ICtorum, quibus passim in ore æquitas, & alias sub generali appellatione iuris æquitatem contineri, aliquot locis in Sulpitio suo probat Freherus. Est plane speciali significatu æquitas suppletio iuris scripti, in casu quo deficit Lex. *Aristot.5.Eth. 10. de quo etiam plura apud.Bud.in l.1.h t.*

Quæstio an æquitas rigori iuris præferenda non ad Imperatorem aut ICtum, nisi quatenus hic à iudice consulitur: sed iudicem pertinet: in qua expedienda Tr. paulo obscurius loqui videtur. Summa hæc est, quod aut rigor in casu singulari expressus est & solius principis est rigorem mitigare *l.1.C.de legib.* sicut hic etiam adeundus ubi verbis legis ambiguis nescitur, an casus comprehendatur *Conan.1.comm. 11.Fach.1. contr.3.* quem male aliter sentire Tr. ait: & ita rigorem l.12. qui & à quibus, &c. improbarunt *Impp.in l.32. C. de adult.* neque enim licet sequi prætensam capitis sui æquitatem contra *LL.ut Castr. in l.8. C. de iud.* aut rigor generalis est, & ab eo iudici recedere licet ob circumstantias quæ variant casum, & efficiunt ut is lege generali omissus videatur, ob conditionem legis, quæ generaliter fertur *l.11.d LL.* aut legislatoris, qui casus omnes cõprehendere vel non potuit, vel noluit. *Con.1. comm 11.2.* vidit hoc ex antiquis *Cyn. qui in l.8. C.d.iud.* si rigor sit casus L. scriptus, omnino servandum ait: sed ubi rigor iuris est scriptus in aliquibus terminis, & dubitatur de quibusdam terminis, qui non omnino similes sunt æquitas non scripta servabitur: nec aliud sentit *Paul.de Castr.in l.1.C.de LL.inf.* quando, inquit, casus non reperitur specialiter decisus, debet & potest iudex iudicare secundum æquitatem.

Iustitia æquitatis, quasi dicat, &c.] Vitiosa hæc explicatio, q; & diversa ab æquitate æqualitas, neq; omne ius scriptum summum, & illud evadere in ius summum hic extra scopum est. Nõ videtur valde laborandum de illis verbis, quorum alias simplex hic sensus, non esse veram iustitiam, quæ corticem rigidum verborum sequatur, nec temperetur æquitate: quin & ipsa æquitas iustitia quædam est, *Arist.5.Eth.10.* & pro æquitate eam sumi, & stricto iuri opponi notat *Freher.in suo Sulpitio*: vel eo respexerunt imperatores: ne æquitas sit cerebrina, sed scripto iure informata *Freher d.tract.* ex ipso legum fonte deducta *Mynf.6 obs 63.* cui pro diss. allegato iniuriam facit Tr.

Lit. C.

Et per opposita obiecta.] Petitio hæc videtur principij, quod hoc ipsum quæritur, quomodo res divinæ & humanæ sint Iurisprudentiæ obiectum. Sunt qui notari putant ius privatum & publicum, cuius pars ius sacrorum, cuius olim periti ICti *Cic.3 d.orat.Gell.10. noct. Att. 20. de quo latiss. Petr.Fab.de iust.& iure.* Dici potest res omnes esse obiectum, sed modo speciali considerandi, quatenus super ijs ius & iustitia administratur, quod innuunt verba seqq. iusti & iniusti scientia, quæ videtur sententia Baronis hic, falso à Tr. allegati. quomodo etiam aliæ disciplinæ, quæ commune obiectum habent, modo considerandi distinguuntur. Suavis hic est *Fab.qui in iurisp.Pap.prin.3.ill 1.* hinc ad ius Pontificium infert, & hæreticum bonum JC. tum esse negat.

THESIS III.

Lit. A.

Iuris illius sive artis.] Haud scio an ista præcepta recte iurisprudentiæ adscribantur, & nõ potius iuri proprie sumpto, & quod semper bonum & æquum est, notiones videlicet quædam communes, omnibus insitæ.

Neque plura, neque pauciora.] Nimirum ingeniosis commentis nihil non defendi potest: mihi autores allegati & præter eos *Ehem d.prin. iur. 5.c.6. Mercer.2.opin.1.* superstitiosi hac in re videntur: posit veritatis & pietatis cultus alio præcepto contineri, posint & ista tria invicem unum sub altero cõtineri, & duo posteriora sub primo, quod etiam solum essentiam & definitionem Iustitiæ absolvit: secundum quæ & plura & pauciora qui statuerit, fortasis non erraverit.

Eumque vel ipsum.] Cum Politica & Iurisprudentia non hominem privatim, sed in republica cum alijs viventem dirigant & informent, hac explicatione stante hoc præceptum

a Iurisprudentiam non pertinebit, quæ fere Don & Conan. sententia est, aut potius hæc explicatio falsa erit. vel ideo, quod cum Tr omnia referat ad agentem, politice non nisi cum alijs agere dicimur: ex quo in vitium incidit, quod explicat de omittendo, quia in hoc actio non est: ergo non minus explicatio vitiosa Vult. quod primum pertineat ad hominem, qua homo, altera, qua civis, quia tantum posterior consideratio est politici & ICti.

LIT. B.

Et referuntur aut ad publicam] Insubtile videtur, ex diversa relatione extruere divisionem istam iuris: vel quia hæc ab obiecto sumta est, vel potius, quia cum ipse Tr. ad officium iuris ista referat, non ad publicum, sed ad privatum ius hæc pertinebunt.

Adeoque nec naturale.] Duo effectu dicit Tr. 1. omne ius publicum esse civile tantum 2. Ius Rom. tantum esse ex præceptis civilibus. Prius falsum est, quod sicut ipsæ civitates ex iure gentium, & quodammodo a natura sunt Arist. 1. pol. ita & iura sacrorum & magistratuum, sine quibus nulla civitas, licet in singulari & ratione formæ hæc varient. Alterum etiam falsum puto contra Tr. & Alciat παρέργ. 31. quod Romani non minus ut aliæ gentes, partim ex institutis & præceptis communibus, partim ex specialibus præsertim Hetruscorum multa mutuati. *Et in l. 1. §. 2. h. t. §. ult. L. eod.* divisio ad ius privatum ideo refertur, vel quia publicum magna parte sublatum, vel quia de privato tantum tractare erat propositum, vel quia in privato hæc diversitas magis apparebat.

Vnde intelligitur quo sensu.] Videtur quasi Tr. excusare velle divisionem tripartitam Iustiniani, quod hic fontes tantum iuris privati ostendere voluerit, cum alias ius naturale & Gentium non videantur dici posse species iuris privati. Verum defendi poterit ut divisio, si desumta dicatur non à causa efficiente, sed ex eo, quo populus Romanus usus est, prorsus ead ratione Aristot. 5. Ethic. 7. ius civile dividit in naturale & legitimum intelligens ius civile omne quo civitas utitur, utitur autem partim communi partim proprio, *l. 9. h. t.*

Licet antiquatum.] Mala comparatio Legis Regiæ cum seculo Iustin. quo nulla illius iuris publici vestigia: alia ratio temporis ICtorum, quo eodem fere iure manente, ratio & forma, quippe sub statu monarchico mutata fuit: quo fortassis respicit Tr. dum id æquivoce tantum verum esse ait.

Consistens in pietate.] Quam quisque Deo privatim debet, ea ad ius publicum non pertinet: Porro cum hic tractetur de eo iure publico, quod ad ICtum spectat sanctiones de pietate & cultu Dei, ad illud Ius non recte videntur referri, cum earum tractationem & explicationem Theologi sibi fecerint propriam: eoque non bona est copulatio iuris quod statum Imp. Germanici concernit. Plane secundam tabulam Decalogi recte sibi vindicare ICtos probat *Alb. Gent. 1. d nupt. 9.*

LIT. C.

Nihil utile nisi quod honestum] Hæc sententia ita simpliciter probata vera non est, sed sunt hæ notiones vere distinctæ, honestum, utile, iucundum, necessarium, quomodo & à *Philosopho 1. Eth. 5. & 8. Eth. 2.* tanquam diversa expetendorum genera distinguuntur: eoque facit illud ICtorum. Non tamen quod licet, sed & honestum, &c. Expedit sane civitates & cives institui, ut utilitatem ab honestate seiunctam ne consectentur.

Explicatio l. 7. d. LL. subtilis nimis & superstitiosa, partim non satis apta mihi videtur, 1. Quia imperare quod in d. l. 7. cæteris opponitur idē videtur esse ac iubere, quod tamē Tr. pro genere sub quod quatuor illa tanquā species refert, usurpat: & sane absurdiuscule dicitur, legem iubere permittendo, quin nec puniendo, quatenus hoc in specie sumitur Lex iubet: aut potius nulla Lex est quæ tantum punit, verum hæc pars Legis est arg. §. Sanctæ I. de rer. divis. & ex iussione pœnæque sanctione una Lex constituitur. 2. Quia nec verum videtur, imperari absolute, vetari & permitti relate, cum istorum omnium una sit ratio. 3. Non bene dicitur Lex punire rebus & exemplis: Lex quæ nude permittit, vix Legis nomine videatur digna: nisi quatenus permittit, relaxando prohibitionem aliquam, & mutando ius prius. Dici posset, actus quosdam per se esse bonos, quosdam malos, quosdam indifferentes: hos permitti bonos imperari, malos vetari, non parentes puniri. At cur omittitur præmiari? Vel quia sub contrario continetur, vel quia non eadem est necessitas præmiorum quæ pœnarum, vel quia pœnas interre sola Lex, præmio afficere magistratus quin & privatus potest.

THE-

THESIS IV.

Lit. A.

Bonum illud & aequum.] Si conferas § ult. l. 1. h. t. colligere licet bonum & aequum cum iure ciuili confundi, quod sc. Iustin. d. §. ex triplici iure collectum ait. Et tamen ipse statim sub bono & aequo ius naturae & gentium complectitur; & bonum aequumque latius patere constat. Respexit Tr. ad definit. Celsi, in qua tamen aequum & bonum aliter sumi certum est, & magis proprie, pro suppletione, interpretatione & recta iuris scripti generalis praesertim applicatione: quod cum incertum sit, ei peius adhuc sententia ista & definitio à Tr. accommodatur.

Nec minus illo loco Tr. diversas quaestiones, de origine definit. & divisi iuris commiscet; & subtiliter ibid dicitur: Bonum & aequum desumitur ex natura, unde ius naturale ex quo, secundum verba, efficitur falsa sententia: Ex illis institutis, quae Ius civile ex natura desumpsit existere ius naturae.

Vel Institutis cuiusque civ.] Et haec quoque verba in vitio sunt: quippe nec Ius Rom. nec aliud quodvis ciuile, ex institutis cuiusque civitatis desumtum dici potest, multo minus aequum & bonum: & hoc tantum verum, quod suppletio Iuris per artem aequi iuri cujusque Reipubl. conveniens esse debet. Simplicius dixisset Systema illud Iuris Romani partim esse ex proprijs istius Reip. institutis, partim aliunde desumtum, & hoc ex institutis aliarum gentium sive communibus, quo pertinet Ius nat. & gent. sive proprijs, velut Spartae & Athenarum.

Lit. B.

A natura vel inferiore.] Equidem natura est in quovis corpore naturali, quod si hominem consideras qua animal, etiam possis, qua corpus vivens, cuius forma, anima vegetans, & à qua quidam instinctus naturales, cum sensu similitudinem habentes, etiam in homine. Voluit sanè Tr. hoc applicare divisioni. Vlp. in l. 1. h. t. & Iustinian. in pr. I. d. I. N. G. quod si ius gentium, quod à ratione est, etiam per discursum recte dicitur à natura T lit. d. etiam ita dici poterit ius civile, quod etiam est à ratione, contra mentem Tr. qui illud iuri quod à natura est opponit. Et à Philosophis & plerisq; ICtis, qui nullum ius brutis commune agnoscunt, illud dicitur naturale, quod ipsi homini nato insitum est, quod cum ipso genere humano proditum est, quod quasi cordibus insculptum: Possit ita plenius distingui, quod ius quasi iustum sit vel naturae, vel rationis, & huius vel simplicis, quod ius naturae in specie vel primaevum gentium, vel cum discursu coniunctae, & rursum vel communi omnium gentium, quod ex tacito quodam consensu gentium esse ait Aristot. 1. polit. 4. vel speciali & ad Rempubl. accommodato: hoc civile, illud Ius gent. secundarium nuncupatur: quod amplius cum eius sanctiones omnino variae, recipit subdistinctionem: quod cum ius istud sese accommodet humanae necessitati, haec vel simplex est, unde iura commerciorum, vel ex hypothesi humanae malitiae unde iura servitutum & bellorum.

Et secundum haec quae passim à nostris, praesertim in tit. I. d. iur. nat. de iure gentium varia & diversa praedicantur, sunt distinguenda & applicanda.

Quia iubet propter honestatem, &c.] Lapsus hic est Tr. dum ius naturale commune brutis, confudit cum iure naturae proprie dicto: etenim illi, de quo tamen hac lit. agitur quae hic proponuntur, tribui non possunt: & quamvis dicas ius gentium primaevum recipere subdivisionem, quod aliud sit mere à ratione, aliud in quo sensus quoad materiam concurrat, nec istud tamen praedicata huius lit. recipere potest: cum praesertim ius quatenus brutis tribuitur, quod facit Tr. longe magis ista respuat.

Lit. C.

Commune homini cum brutis.] Ex divisione naturae, ut generis communis, & hinc duplicis iuris deductione, tum etiam quod hoc ius tribuit homini qua animal, colligitur, ex sententia Tr. ius brutis proprie competere. Et ipse tamen tropum metonymiam effecti pro causa agnoscit: cum quo rursus non convenit, quod si quidem effectus, ex quibus arguitur causa, vere in brutis agnoscit, etiam citra tropum ipsum ius brutis conveniet. Caeterum quicquid Tr. sentiat ius brutis tribuendum non existimo, non tam quod nec ipsa facere iniuriam dicuntur, quam potius, quod inter quos ius est, & aequum & bonum, lex iustitia & societas est, Aristot. 5. Eth. 6. Ideoque Ulpianus l. 1. h. t. & Iustin. in prin. Instit. d. iur. natural. ex simplicissima Accursii & vulgo Dd. in l. 10. h. t. & in prin. I. d. Iur. natural sententia verbo iuris abusi, & propter instinctus naturae, in quibus simulacra quaedam

dam Iuris, brutis ius tribuisse intelligi debent. Eleganter ad hoc Plato, naturam in anima vegetante, sensus, in sentiente, rationis, & in hac divinæ mentis simulacra expressisse docet: quod sequitur *Hottom. ad prin. I. hic. Don. 1. commen. 6.* Aiij sicut in voce materiam, sonum, & formam, articulationem. Philosophi, ita in iure naturali ipsos motus & instinctus, & formam motuum illorum directionem considerant: quo inclinat *A. Fab. ad l. 1. h. t.* Dixeris etiam simpliciter, hominem quarundam rerum igniculos habere à ratione, quarundam à sensu, in quibus quædam communio sit homini cum brutis. Ex quibus illorum diluitur argutia, qui etiam edere, vel dormire iuris naturalis futura aiunt, quos etiã refutat *Alb. Gét. 1. lect. 1.*

Hinc defensio, &c.] Non bene dicitur, defensio ab omnibus gentibus informata, esse iuris naturæ: quod ita considerata potius sit iuris gent. aut civilis, cum præsertim ipse statim eam informatam ad ius gent. referat: vbi tamen rectius defensioni opposuisset violentiam, quam iniuriam, maxime cum iniuria in genere sumpta, siquidem ius brutis tribuimus, etiam ab his prepulsari dicenda sit. Et ergo defensio simplex est iuris naturæ, etiamsi hoc ad homines tantum referas: quod sæpe eorum, quæ naturalis etiam ratio dictat, agendorum modus ab alio iure sit præscribendus, quod homines raro rationem incorruptam ducem sequuntur. Ex his sequitur nec Ulpiano obstare, quod *in l. 2. h. t.* defensio iuri gent. adscribitur: quia hoc fit diverso respectu: licet absurdum non sit, diversa exempla diversorum Anthorum ad diversa iura referri: & cum *in l. 1. ult. h. t.* exempla proponantur iuris gent. primævi. recte huc retulit defensionem Florent. qui ius brutorum nullum agnovit: Cæterum iusgent. non raro universum ius humanum quod civili opponitur comprehendit: qua de re plura *Pet. Fab. 2. semest. 2. Conan. 1. comm. 4. in fin. c. ult. Don. 1. comm. 7.*

Etiam pudicitia.] Cum Tr. in genere de defensione proposuerit, nec ratio quidem dubitandi esse potest: sed ille se cum genere quæstionem specialem commiscet, an se defendendo liceat alium occidere: quod pudicitiæ causa licitum esse non probatur ex *l. 3. h. t.* quæ haud dubie in terminis loquitur, cum vita petitur: neque ex *l. 8* quod metus causa, quia non tantum mortis, sed etiam verberum metus ad edictum illud pertinet, & sicut famæ ita pudicitiæ comparatio cum vita absolute vera non est: neque hic idem præiudicium, quod vitæ, cum præsertim vi oppressis ab omnibus ignoscatur, utique istud defensionis genus, cum ea de qua hoc loco, & quæ à natura, sensuque monstrata dicitur, conferri non potest.

Facit tamen pro *Tr. l. 1. §. penult. ad L. Corn. de sic.* nisi dixeris, vel diversam rationem defensionis ex iure gentium & civile esse; vel ad casũ quo aggressio pudicitiæ, altero resistẽte, in agressionẽ corporis degeneratur, restrinxeris.

Vnde solvitur obiectio] Putat Hott. ex sententia Ulpiani sequi, quod etiam edere & bibere sit iuris naturæ: quod nos supra removimus: id autem quomodo removeatur ex eo, quod sobolis procreatio sit iuris naturæ, ego non animadverto. Minus etiam commode dicitur procreatio coniugium iure informatum, & nuptiæ, coniugij contrahendi modus.

LIT. D.

De distinctione initio proposita supra aliqua diximus, ex quibus corrigitur errare, qui tantum à tempore, quæ mera est differentia accidentalis, eam desumptam aut docendi tantum causa ferendam putant, quod vult Pinell. male à Tr. allegatus: sicut nec istam distinct. evertũt, quæ disputat *Coras. 6. mis. ult.* quia supra notata & necessariam & realem illam distinctionem esse evincunt: adeoque comparatio Crusiana duarum illarum specierum, cum iure Roman. antiquo & novo, vitiosa & inepta est. Sed illud Treutleri falsum, quod ius secundarium cum discursu suo sit mutabile, quoniam serviat utilitati civitatis: hoc enim de nullo gentium iure prædicari potest. Quin & istud ius quatenus opponitur iuri civili, immutabile dici potest, cum sit universale, & ipsum in se nullam patiatur mutationem, licet lege aliqua civili diversum statuatur: quod multo magis iuri primævo competit, quod *Aristot. 5. Eth. 7.* est primũ & per se iustum, ex eoque semper & ubique: & ex diverso ius civile iustum ex sanctione legislatoris, ideoque nec ubique nec semper idem: & ut eleganter *Molina tractat. 1. de Instit. & iur. disput. 4.* obligatio iuris primævi oritur a natura obiecti, & inde se diffundit in præceptum: sed iuris positivi orta à præcepto inde derivatur in obiectum. Cæteroquin in quæstione de mutabilitate iuris naturæ, distingui oportet. 1. Inter principia iuris naturæ & horum applicationes in singulari. 2. Inter species huius iuris, sub

sub quas aliquando etiam ius gentium secundarium refertur. 3. Inter ea quæ iuris naturæ vel contra illud sunt positive vel tantum negative, ut loquitur *Covarru. in c. peccatum p. 2. §. 11. numer. 2 vers. secundo loco*, ubi prolixe hanc q. tractat. 4. Inter sublationem omnimodam & in casu singulari ob concussum cum præcepto superiori. 5 Inter ea quæ iure civili probantur & tolerantur. 6 Inter ea quæ ius naturæ decernit, & quæ quod æquitati naturali conveniunt, ad ius naturæ referri solent. 7 Inter aliquid simpliciter consideratum, & cum aliqua circumstantia, quæ facit, ut quod ex se iuris naturæ videtur, non amplius tale intelligatur, ut docet Molina dicta disputat. 4. Et tamen nullum ius ita constans est, ut aliæ res naturales, quod omne ius hominibus qui mutabiles, applicandum. Ex quo solvitur obiectio *Aristotel. 5. Eth. 7.* de igne ubique & semper urente.

Vt excipiatur contr. Emphyt.] Obstat 1. quod istum iuris gentium esse verius dicitur, *de quo inf. disput. 29.* 2. Quia cum Iuris civilis esse omnes probent ex constitut. Zenonis, hoc tamen longe prior fuit Ulp. cuius est *L. 5. h. t.* Puto ICtum cautionis loco hac particula PENE usum quod etiam ius civile potestatem cum habeat introducendi obligationes, non poterant illæ indistinctæ ad ius gentium referri.

Ex hoc iure actiones] Haud scio, annon magis fortassis probanda communis Dd. opinio, actiones esse ex iure civili: quod ius gentium non nisi obligatione adstringit contrahentes, & unumquemque ex bona fide conventa præstare sancit: quod vinculum, cum propter malitiam hominum non satis firmum animadverterent legislatores, formulas agendi, & iudicia instituerunt. Neque obstat, quod obligatio dicitur esse mater actionis: quoniam ibi obligatio non ut nuda ex iure gentium, sed ut iure civili probata, accipitur, & illud simul ijs verbis significatur, quod sine obligatione actio esse non possit: Cæterum: adducta conciliatio ex Lopetio revera nulla est: quod Dd. simpliciter actiones ex iure gentium esse negant: & Zasius alijque qui actiones iuris gentium faciunt, non nisi de consideratis in abstracto intelligi possunt, quod ipsum ius gentium itidem non nisi in abstracto consideratur. Sed tamen in ultramontanorum contrariam sententiam, referente *Iasone in princ. l. d. act num. 39.* vocat, quod siquidem magistratus ad ius gentium referendi sunt, etiam erunt actiones, quia magistratus hoc officium est Ius & Iustitiam administrare, & ipsi Dd. teste Ias. d. loco, ex Iure gentium manu regia executionem fieri concedunt, itaque implorationem officij iudicis, quæ essentialiter ab actione non differt, ut post Dd. notat Iason *ad pr. l. d. action. numer. 54. & sequentibus* ex eo iure admittunt: & *ICtus in l. 25. d. act. rer. am.* iure gentium condici ait: adeoque ratione materiæ & rudis generalisque formæ, actiones ex iure gentium erunt: non obstante *l. 17. §. 3 Comm. cum similib.* quæ de actionibus Iure civili specialiter formatis, & de contractibus ut à iure civili approbatis tractant, ex quibus obligationes & actiones civiles recte nasci dicuntur. Et obligatio quæ iuxta ius gentium ex contractibus oritur, etiam secundum illud efficax esse recte dicitur, & eo modo quo contractus ex eo iure essentiam accepisse dicuntur, qui alias non nisi in Repub. Iure etiam civili informata celebrantur.

LIT. E.

Per duplicem naturæ hominis.] Petitio hæc principij est. & ius in brutis esse præsupponit, quod supra improbatum: sicut & male dicitur hominis natura qua animal, quia qua talis, corpus sentiens dicitur, hominis autem natura est ratio: Et Revardi allegati, quod ius proprie competat brutis mala ratio est, quod ius non ex utentium qualitate, sed ex facto æstimetur: vel quia præsupponit bruta ex eorũ numero, qui iure uti possunt: vel quia illa propositio ambigua aut potius falsa est, quod ut iure quid factum dicatur ex voluntate & proposito agentis, & alijs circumstantijs æstimatur.

LIT. F.

Caius id totum una voce.] Verum hoc non est, quod Caius nominatim in *l. 9. h. t.* de iure quod hominibus tantum commune est, & quod ratio constituit, tractat & plane, ius divisit, ut *Arist. 1. Rhet.* Legem in communem & propriam. Ulp. autem in *l. 1.* latius & pinguius verbo iuris usus, & quasi abusus est. Quæ Ulp. cum Caio, inter quos tamen nulla pugna, expeditissima compositio est, sed ea quæ à Tr. affertur aut obscura aut falsa: vel quia in divisionibus istis non videtur notari posse progressus causæ ad effectum, aut vice versa, vel quia species disparatæ se non habent, ut causa & effectus.

THESIS V.

LIT. A.

EX *tali compositione.*] Parum subtiliter dici videtur, quod ex compositione præceptorum Reipubl. Rom. factum sit ius Rom. quod illa instituta

stituta nihil aliud sint quam ipsum jus Rom.

Eius beneficio amplissimam, &c.] Contra, augmentum Imperij Romano iuri, quo utimur nō recte tribus probatur. 1. Quia Romani armis fere populos invitos subiecerunt. 2. Quia præsertim ab initio populos subiectos proprio iure uti permiserunt. 3. Quia iura Romana etiā potente Republ. tudia & intra fines Italiæ fere inclusa fuerunt. 4. Quia ius quod rantopere commendat Tr. fere per interpretationem ICtorum qui sub Impp. vixerunt, & adeo iam inclinante potius Imperio est constitutum.

In ultimam monarchiam desijt] Non capio, cur tandem in hanc dicat desijsse, cum procul dubio & magis V.C. sub Augusto, illa monarchia fuisse dicenda sit, imo etiam longe ante eum: quod in hac quæstione de 4. monarchijs monarchia non unius, sed cæteris potentius & excellentius imperium significat.

Quod iuris Iustiniani.] Absurde ab observatione ista argumentum pro astruenda quarta monarchia hodieque durante sumi videtur. 1. Quia ante 600 circiter annos longe florentiori Imperio nullum tale ius fuit. 2. Quia vel maxime florente Imperio Romano, magna pars subditorum eo iure usa non est. 3. Quia ius istud apud Hispanos, Gallos, &c. & vel maxime Turcas, quos adducit Tr. propria authoritate non valet. ubique fere receptis statutis iuri huic secundæ partes tribuuntur: & jejuna est ratio Donell. 1. comm. 1. quo leg. i Rom. tanquam ex iure naturæ collecto omnes gentes parere oporteat.

De facto non recognoscunt.] Iniuriosum hoc insuper in principes, & ideo non probandū, quod Impp. nostri provincias, Galliam, Hispaniam, nunquam tenuerunt: quin Germani, qui Romanam monarchiam tenere dicuntur, Romanorum, quibus istæ provinciæ paruerunt, infensi præcipue hostes fuerunt. Et ita Imperator Turcarum, qui Asiam & Africam tenet, de facto Imp. nostrum nō recognoscere et. Scilicet Romani iure belli omnes fere occuparunt provincias, quorum iugum belli imo gentium iure populi vicissim excusserunt.

Eiusdem iure regunt.] Nec hoc capio quomodo verum sit, cum Principes Europæ, & Reges, qui præsertim nunquam Germanico Imperio subiecti fuerunt, libero arbitrio & iure proprio dominentur.

Sequitur mutabile, illud esse.] Alieno loco hoc proponitur, nec thesis recte cum hypothesi, an, a quo & quatenus leges sint mutandæ, confunditur: & extra propositum de leguleis & potentioribus disputatur, cum aliud sit, leges mutare, & per vim, gratiam vel fraudes non servari: neque eo minus verum est, eas natura sua mutabiles esse, licet non facile mutandas doceant Politici. Nihil huc facit locus Ciceronis, ibi disputantis contra tribunos, qui in absolutam licentiam popularem libertatem sitam esse populo persuadebant: contra quos etiam disserit *Arist. 5. & 7. Polit.* docens ea vere popularia instituta esse, quæ faciunt statui conservando

LIT. B.

Non tam ad scripturam.] Ergo cum *Vult in §. cōstat. I. de iur. nat.* scriptū explicat pro præscripto & sancito. Verum hæc explicatio & proprietati vocis & constanti usui contraria est: eamque à mente Iustin. esse alienam perspicue probat §. *Et non. 10. I: d. I. N.G.* & longe simplicius dicitur, divisionem dicti §. cōstat non à differentia specifica, sed ab accidenti communi sumptam esse.

Ad specificam differentiam] Vix videtur hoc probandum, vel quod hoc etiam commune cōsuetudini, vel quod potestas legis est à sola autoritate sancientis: & vera ratio distinguendi est, quod lex expressum, consuetudo tacitum consensum habet. secundum quod *Bl. in l. humanum. C. d. LL.* ait scripturam non esse de essentia Legis, sed requiri ad observantiā vt liget subditos.

Debet etiam usu recepta esse.] Perspicue hoc falsum est, vel quod ita confundatur lex cum consuetudine, vel potius quod lex vim suā habet à legislatore, cuius mutandæ, aut confirmandæ, ius penes subditos non est: & tanto apertius errat Tr. quod etiam promulgatione facta hoc requirit. Ergo & falsum est, quod sequitur usum legis probandum esse asserenti: quia imo hic intentionem fundatam habet, quamdiu lex non mutata probatur.

Observantia inducitur.] Cum præcedentia sint de lege, minus commodè distinctio observantiæ & consuetudinis proponitur. quæ ipsa tamē nimis videtur arguta: quod sc. consuetudo non tantum significat ius certum receptum moribus, sed quod nec dum plane liquidum est: cum pro regula tradi soleat, alleganti consuetudinē probandam esse. eoque nec admittam, quod Tr. tradit ad consuetudinem perfectam requiri præscriptionem, quæ etiam alias nimis difficilis esset futura.

Ad essentiam scriptura non requiratur.] Et ergo non sine vitio hic aliter verbum scripturæ sumit quam

quam initio literæ, quod illo sensu omnis lex essentialiter scripturam desiderat, cæterum quomodo ad explicationem istius sententiæ verba ex Schrad. adducta faciant, non satis intelligo, cum nudam eam contineant relationem sententiæ Dd *quamvis Salic. in l. humanum, C. de LL.* referut contrariũ: videlicet quod ex communi Dd. opinione scriptura sit de essentia Legis Cæteroquin opinio ista à Tr relata hac ratione probatur Sanctio quædã lata expressa voluntate ejus penes quem ius est, ad essentiam non requirit scripturam. Atqui talis sanctio est lex. Ergo quædam lex, &c. Propositio probatur tum ratione, quod lex est præceptum & iussum, cuius essentiam non ingreditur scriptura, tum exemplis Reipubl. Spartanæ, in qua leges Lycurgi nõ scriptæ §. *& non, 1 O. l. d iur nat. Plut. in Lycur.* item Romanæ in qua leges suffragio populi latæ, statim leges erant, licet ut magis innotescerent, scribi postea solerent, *l. 2. §. 4. d orig. iur.* unde refutatur quorundam argumentum, quod Lex nõ obliget nisi scientes, nec Lex esse aut dici posit quia etiã citra scripturam in notitiam quædam lex venire potest, & tamen posterius liquidũ etiam nõ est, quia ut bene *Bl. in l. humanum, C. d. LL in fin.* essentiã L constituit sola voluntas Principis, à qua essentia diversa est obligatio ad observantiam, quod sequitur *Ang. in §. Constat, I. d. Iur. nat.*

LIT. C.

Lege vel more.] Insubtiliter dicitur hoc, quia si coniungantur, quæ præcedunt in thesi, efficitur inde consuetudines esse sumptas ex institutis Romanis.

LIT. D.

Lege lata ab eo qui potest.] Cum totum hoc proponatur de Iure Romano, parum aptè in exegesi Deus adducitur. & in illa propositione, qui potest, opponitur alijs, qui supremam potestatem in Republ. non habent. Cæterum potestatem legis ferendæ à Deo Magistratui communicatam, nonnisi mediate verum est.

LIT. E.

Ita in specie dicta.] Si prima tempora urbis Romæ respicias, istud falsum, & nomen legis huic tantum speciei iuris competisse verum est, quia ea tantum omnes cives tenebantur, quem effectum legi inesse oportet, eoque plebis scita etiam vere & proprie leges esse cœperunt, & ita dictæ, velut lex Falc. Aquil Port. & c. ut primum etiam patritij ijs obligari ceperunt, ex lege sive Horatia, sive Hortensia, de quo *Liv lib. 3. & eius Epitomator lib. 11. Gel. 2 c. 15. Plin. 16. c. 10 Cuiac. ad l. 2. d. orig iur. Cont. 2. lect 8.*

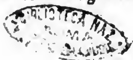
Species hac iuris.] At quin etiam alteræ speciei, plebiscitis, & paulatim SCtis idem accidit.

Inde tamen non efficitur] Altioris hoc est disquisitionis, & tamen cum præcipuum jus Majestatis ferendæ leges, commune esse fateatur statibus, & eius generis sint plura, & status in territorijs suis ipsi fere ut Reges dominentur, ex his sane utique non pure monarchicum, sed cum Aristocratico mixtum, & ad hunc fere magis declinantem statum esse, recte inferri potest, de quo pluribus hic agere non libet.

LIT. G.

Ius autem facit Senatus.] Non recte ijs speciebus accensetur SCtum, quæ authoritate propria valuerunt, & ab ijs qui possunt, feruntur, sive quæ ras de statu Reipubl. liberæ, sub qua non nisi à populo confirmata legis vim habebant, de quo tamen vide Bodin. *de Repub.* 10. siue sub principibus, quorum tantum conniventia iuris condendi habuerunt potestatem, quod ipse innuit Tr ibi, interveniente principe, neque tamen semper intervenisse principẽ, nec semper orationes principũ præcessisse, quod putat Tr. sed proprio motu facta SC ultra exempla loquũtur Est autẽ ille sive *Tribuniani in §. 5. I. d. iur. nat. sive Pomponii error in l. 2. §. 9. d O. I.* notatus etiam ab Hottom. *6 obseru. 6.* quasi ob multitudinem populi necessum fuisset curam legum ferendarum ad Senatum transferri, cum constet posterioribus temporibus vel maxime aucto populo, plurimas ad plebem leges latas fuisse. Non dissimili ratione *in d. l 2. §. 11.* necessitati Reipub adscribitur cõstitutio Principũ, quos tamen cõstat armis oppressisse Rempubl. Plane non debebat Tr. tantum agere de SCtis ad rationem Reipubl. quæ sub principibus fuit, cum ipse præsertim in thesi verbis, initio, postea, tempora liberæ Reipubl. monarchico statui opponat, & tamen hoc non satis bene, quod sub principibus maior hac in re senatus, quam antea videtur fuisse potestas hoc agẽtibus principibus, ut à populo potius ad Senatum istud transferrent, & alias hoc modo favorem, deferendo Senatui honorem, aucupãtibus, Translato post Imperio in orientem potestas ista Senatui adempta *per l. ult C. de LL.*

Æquipollet ei Senatus Imperij] Hoc verum non puto, quod inter utrumq; sit latissima officii, dignitatis & potestatis diversitas. Senatus Romanus nullam partem provinciarum, neque maiestatis & Imperii iura habuit, quæ & alia plura in statibus Imperii, quorũ potestas & autoritas longe maior, longe secus se habent.



LIT. H.

Difficilis hic movetur quæstio de Principis potestate, quam exequi instituti nostri non est: hoc saltem dicimus, quod aliquando Princeps in casu necessitatis & singulari vi dominationis uti possit: sicuti Politici Principi aliquando de regia via declinare concedunt: cæteroquin cum Princeps propter populum, & ut eius commoda procuret, constitutus sit, & omne Imperium ad utilitatem subiectorum comparatum esse oporteat, ut disputat Socrates apud Platonem 1. de Republ. inde concludere licet, nullam regulariter absolutam Principis esse potestatem, neque potestatis plenitudinem, & istam non principis, verum tyrannicam esse: cui præsertim ex rationibus veris politicis defendatur, principes ex iure gentium, & ab ipsis populis originarie & immediatè esse constitutas: eoque contra Tr. defendi poterit sententia Prucmanni, etiam in casu necessitatis, compensationem fieri debere: non obstantibus *l. 9. & 14. C. d. operib. publ.* quod in illa de precio iusto dando ex publicæ utilitatis causa agatur, in hac citra ullum commodum Principis. quod publice potest destrui iubetur, de quo v. etiam *gl. in l. 3. de off. præf. & ibid. Ias. col. 7. in f. & seqq.*

Quatenus contractus Principis lex sit.] Non satis hic explicat mentem suam Tr. sed saltem videtur improbare Dd. indefinite hoc affirmantes *in l. pen. C. d. don. int. vir.* vbi *Br. Bl. Salic. Cyn.* hoc axioma tradunt, quod contractus celebratus ab eo qui habet potestatem condendi Leges habeat vim Legis. Verum ego potius in altero extremo simpliciter negabo, quod lex non sit, nisi quæ fertur eo animo, ut pro lege habeatur. Neque obstat *l. pen. C. d. don. int. vir.* cuius hæc simplex est sententia, actus Principis ex se propter illius dignitatem firmos & validos esse, neque eos dirigi legibus privatorum, neque ijs indigere solẽnitatibus, quæ alias inter privatos requiruntur: & alias si v. c. Princeps contractum aliquem insciptis faceret, cum à quocunque sine scriptis factum non valere, consequeretur.

THESIS II.

LIT. A. & B.

AIt Principem legibus solutum, videlicet mere positivis lit. A. & tamen legibus vivere oportere, videlicet naturæ & gentium lit. B. Et ergo verbum, legibus, de diversis specie legibus, vitiose accipit. aut regulam lit. A propositam, contra tradita lit. A. vitiose ad leges gentium applicat: quibus tamen non tantum vivere oportere, sed vere obligatũ Principẽ esse cõstat.

Quod Historia refellit.] Nulla hæc ratio est, cur pœnarijs legibus non sit solutus Imperator: quia senatus occasione usus Neronem à militibus desertum ita damnavit, contra quem alias, matrẽ, fratrem, & sororem occidentem, nec hiscere quidem ausus, imo eidem teste Tacito gratulatus fuit. Principibus illis nihil potentius, sed ijsdem ubi primum à militibus deserti fuissent, nihil abiectius aut contemtius: Interest plane inter delictum Principis simplex, & quod committitur in statum, & vitiat totam administrationem, vel etiam Principem transformat in tyrannum: quo casu ex veris rationibus politicis imo ex iure gentium, populis iugum excutere fas est: sed inde Principem legibus pœnarijs obligatum esse minime efficitur.

De opinionibus varijs relatis à Tr. ita statuimus. 1. Quod L. 31. d. LL. ad Leges pœnales non sit restringenda: vel quia textus nimis ita coangustatur, vel potius quia quoad executionem nulla est dubitandi ratio, sed quoad vim directivam, aut quæritur de legibus gentium, & res liquida est, aut civilibus, & eod. relabimur, an princeps civilibus legibus solutus sit: neque ratio est, quare istis potius quam alijs debeat dici solutus. 2. Neque explicandam eam de legibus caducarijs, quod ut maxime de istis Ulp. locutus sit, alijs tamen legibus solutum non esse male infertur, neque ita textibus principaliter loquentibus satis sit. 3. Nec ab illis rem expediri, qui principem tantum liberant solennibus: quia aliud est solennitas, aliud ipsa lex, & siquidem lex inducat solennitatem, etiam ipsa lege solutus erit: sed nimirum ratio non patitur, ut ijs tãtum legibus, quæ præscribunt solennia, principem dicamus solutum: quin imo possit solennitas ita essentialis, ut facilius alijs legibus solutũ Principẽ admitti possit. 4. A scopo aberrant, qui de legibus naturæ vel gentiũ hic disputant, quæ cum humano generi non Reipub. alicui latæ sint, quin ijs princeps obligetur, dubium non est: & de legibus civilibus hic quæstio est. 5. Nec sufficere distinctionem inter leges cõsideratas ut vigentes, & ut instrumentũ gubernandi subditos: quoniã de hoc nulla, quo minus Princeps ex usu Reip. leges mutare possit, sed de priori dubitatio est; & qui secũdo tantũmodo Principẽ solutum putant, re ipsa legibus eũ obligatum pronuntiant. 6. Eandem fere rationẽ esse distinctionis inter vim coactivam & directivã: quoniã de hac tantum quæritur, an Princeps secũdũ leges

leges vivere obstringatur, ita ut ipsi etiam latæ esse intelligantur. 7. Etiamsi huic addas eã quã Tr. adscribit Monero & Prucmann. rem minime esse expeditam, aut ex ea sequetur, legibus solutum esse Principem: si tantum heroico animo leges observat. Quinimo nec istud rectè sequitur, quod alias quilibet vir bonus, qui ultro virtutis amore legibus paret, & quæ justa sunt facit, legibus solutus dicendus esset: & nimirum hic non de executione, sed obligatione disputatur. 8. Magis in vitio est explicatio Tr in vers. potest etiam, &c. non tam quia quæstionem revocat ad hypothesin, quam potius quod Ulpian. & alij ICti qui eod. tempore vixerunt, ijdẽ Principem legibus solutum non esse respondisse videtur: neque imperatores qui humanitatis gratia legibus se alligatos professi sunt, majestati & juri Principum, præsertim successorum aliquid derogatum voluerunt, quin nec potuerunt. Et nihil huc facit allegatus Aristot. cuius 4. polit. ea sententia est, statum mixtum præstare monarchico puro, & hoc agi debere, ut potestas Principis legibus constringatur, minime autem arbitrio Principis, an ijs parere velit, relinquatur. 9. Explicatio Bodini incidit in opinionem quinto loco relatam, & cum ad officium nõ jus Principis respiciat, rem non expedit. 10. Sunt qui distinguant ex Aristot. 3. polit. inter regnum legitimum & παμβασιλείας: Verum Aristoteli regnum legitimum ibi significat, quo Princeps legibus adstringitur, quale facit Spartanum, in quo pacis tempore nõ multum à privato diversum fuisse regem scribit Xenoph. in Rep. Spart. Datur autem inter utramque speciem genus mixtum, in quo licet legibus quibusdam, verbi causa fundamentalibus quasi ex contractu obligetur Princeps, legibus eum tamẽ alias solutũ defendi potest. Quin etsi ex sententia eorum politicorum dispures, qui Principes ex jure gentium & ab ipsis subditis & propter eos nec dominos, sed administratores, nec Rempubl. ipsorũ, sed ipsos Reipub. esse contendunt: & amplius etiamsi regem nõ omnibus excellentiorem, cui leges ferre injurium esse statuit Aristot. 3. polit. 9. & ult. vel etiam barbaris & effeminatis nõ imperantem, de quo Aristot. d. loc. proponas: attamen Principem legibus solutum rectè defendetur, propter ipsam undecunque & in quoscunque habeat, imperij & principatus dignitatẽ & prærogativã: cũ præsertim Imperia pleraq; quasi hæreditario jure moribus gentium transmitti in successores credantur. Et sane qui legibus subjectus est, cũ aliqua ratione superiorẽ agnoscere, nec ipsũ vere omnibus superiorẽ esse consequitur: quod cum conditione Principis pugnat, quẽ ipsa status conditio supra vulgarem illã sortẽ extollit. Et hoc jure jã ab initio usi omnes Reges & Principes, & nominatim Romani, quos Iustinianus in Nov. 105. supra leges esse affirmat: sicut & ipsi Principes passim se quasi deos, divina oracula, divinos sermones, vultus, adorãdam purpurã ingerũt & ingeminant. Neque his cõtrarij sunt textus *in l. 4. C. d. LL. l. 23. d. legat. 3. l. 3. C. de testam. §. ult. I. quib. mod. testam. inf.* quia cum summo imperio pugnat legibus subjici, obligari, sed non pugnat, leges servare, legibus vivere, quæ duo bene cõnectunt *Imp. in d. §. ult* Scilicet finis hic imperij est, omnia dirigere ad publicũ & subditorũ bonũ, & hoc agere ut subditi boni efficiantur: quod hoc unico expeditissime consequetur. Princeps, si ipse præster, quæ exigit à subditis, & legibus parendo exemplo suo subditos legibus doceat parere, quod aliquam multis dictis historicorũ & politicorũ confirmare esset facillimũ. Zelo subditos duci, ait Herodian. lib. 1. vivendi ad normã principis. Τὰ ἀρχόμενα ait Niceph. Greg. lib. 2. ταῖς τῶν ἀρχόντων ἀκολουθοῦσιν ὀρέξεσι. De Vespasiano Tacit. æmulandi amor validior, quã pœna ex LL. aut metus. Vita principis, inquit Plin. in Panegyr. perpetua censura est: ad hanc dirigimur, nec tã imperio nobis opus quã exemplo. Vnde Lamprid. de Alexãdro scribit, eũ de proprijs moribus suis egisse censurã. Princeps imperio maximus, major est exemplo, ut ait Paterc. lib 1. & Latin. Pacat. ad Theodos. Exasperat homines imperata correctio, blandissime jubetur exẽplo. Quo scilicet respexerunt boni Principes, cũ, sed citra ullã obligationẽ & necessitatem legibus se vivere velle & docere rescripserunt. Et hæc olim fuit sententia *Dd. Cyni. Br. Bl & Salic. in l. digna vox C. de LL* ubi notant dictũ illud nõ importare necessitatẽ, sed esse de debito honestatis: & ut eleg. Salic quod in alijs justũ credit ipsũ, ut alijs speculũ sit, & eos virtutis operationibus invitet, facere decet, ne invidiam & blasphemiam contra Imperiũ provocet: & ita Castr. *ad pr. d. l.* Princeps LL. solutus est, tamen vult vivere LL. Et hoc modo responsum Vlpiani ad rationes Politicas rectè explicari, & quæ illi adversantur, commode componi posse videntur. Et tamẽ singularem & ad Remp. Rom. accommodatam interpretationem locus ille admittit: quod scil sicut sub libera Repub aliquando civis unus ob excellentem virtutem

una aliqua lege solvebatur, *de quo A. Ang. d. LL. c. 18.* ita Princeps tāquā omnibus superior simul omnibus legib. rogatione una ad populum lata fuerit solutus. Quod factum dicemus jactata illa Lege Regia, cujus mentio *in §. sed & quod l. d. iur. nat. & in l. 1. in pr. d. consti. princ.* quod ea ad L. imperij *in l. 3. C. de testamentis.* Cujusmodi quidē legē contra Conan & Vult vete latā fuisse, probatur ex Dione lib. 53. Ubi hac prærogativa Principes uti scribit, ut legib. sint soluti ὡς κατὰ τὰ Λατινα ῥῆμα (ὡς λέγει, quod quidē nō nisi de verbis legis alicujus intelligi potest, quā etiam legē secutū esse Senatus decretū, quo idē tributū sit Augusto (ex quo sub Augusto primo hanc legē latā probabile fit) idē autor eod. lib. scribit: sicuti fragmentū, quo ista L. Regia in Vespasiano repetitā probatur referunt. *Ant. Ang. d. tr. d. LL. sub lit. R. & Onuffrius com. in lib. 2. Fast.* licet id SC to factū dicat: sed ut supr. attigimus & populi scitū & SCtū cōcurrisse probabile est. Licet n. Augustus armis partū imperium obtineret, verisimile tamē est submisso aliquo tribuno, eo fortassis tēpore, quo in Mecænatis sententiā de retinendo imperio descendit, quæsitū fuisse prætextum, ut quod armis occupaverat, volēte populo tenere, & ab ipso populo accepisse videretur. Alio sensu dicitur Lex Regia *in l. 2. d. mort. inf.* à caussa efficiēte, quæ a Romulo, Numa, vel alio Rege lata.

LIT. C.

Quale fuit de censu] Minus commodum videtur hoc exemplum quod de edictis, tāquam specie legū & constitutionum agatur: licet alias edicti vox generalior, significans quicquid etiā à principe monendi vel reprehendendi populi gratia proponebatur, ut notat Lips. ad lib. 3. ann. Tac. Sed & species istæ edictū decretū. &c. sub lit. d. proponi debeāt, cū ea faciat species cōstitutionis generalis, quamvis etiā decretum non rectè simpliciter sub generalē referatur. Fortassis accuratius dicetur constitutionem esse vel generalem, vel specialem seu singularem: utrumque vel simpliciter vel secundum quid. Simpliciter generalis videlicet sanctione & effectu: ut edictū: simpliciter & absolute specialis, ut privilegiū: secūdū quid sanctione specialis, effectu generalis ut rescriptū & decretū. Cæterū mandata magistratū, quæ hic immiscet Tr. nihil huc pertinent.

LIT. E.

Quasi lex singularis.] Non rectè pro ijsdē accipit privilegiū & jus singulare, quod eū facere patet ex alleg. L. 16. d. LL. quia jus singulare est omne id, quod præter rationē juris ordinarij receptum est, *per d. l. 16. & l. 141. d. reg. iur.* ut adeo privilegiū à jure singulari differat ut species à genere, quod rectè notat *Marcil. ad LL. 12. tab. capit. 83.*

Expirat & supplet.] Descriptio ista privilegij repugnat notissimæ significationi, & recepto usui juris: & ita sequeretur omne privilegium æquitate niti, imo interpretationē legis per artē æquitatis esse privilegiū: quod utrumque falsū est. cū privilegiū illud sit, quod in personā singularē fertur, quod legibus 12. tabb. prohibitum erat, sive cōtra eā, sive pro ea: qui vulgatior hujus verbi usus est, de quo etiā *Marcil. d. loc.* licet fortassis aliquādo vocē illā generalius usurpari non negaverim.

LIT. G.

Non puto admittendū ut privilegia nobilitatis sub rei privilegia referantur, cū ipse sit. præced. privilegia studiosorum personalia faciat. Et omnino privilegia quæ tribuuntur qualitati inhærēti personæ, & à qua hæc denominatur, personalia dicenda sunt. Neque obstat *l. 196 de reg. iur.* ubi realia dicuntur, quæ transeunt in hæredes: quoniā filius nobilis non jure hæreditario, sed vivo adhuc patre, quia ipse nobilis est, privilegia illa jure suo habet: & alias quilibet qui succedit nobili, nobilis esset. Neq; rem ipsā variare potest, sive in abstracto sive in cōcreto loquaris: & perinde ut nobilitati ita studijs, & vice versa sicut studiosis ita nobilibus privilegia concessa dicere licebit. Et ita statuemus, privilegia, verbo latius sumpto, dari vel singulis personis, vel integro ordini, cujusmodi sunt privilegia creditorum, nobilium, pauperum, rusticorum, studiosorum, &c.

AD THES. VII.

Examine aliquo prævio] Male id probare videtur ex verbis *l. 2. d. orig. iur.* non peti sed præstari oportere: quippe ex quibus frustra colligas aliquod examen: & verborū illorum iste potior sensus, facultatem istam omnibus dignis, quasi ipso jure concessam & præstitam, vel etiā quod hoc non tam debeat ab Imperatore peti, quam potius ipsi præstare se dignos, quos populus de jure consulere possit, quod arguit vers. seq. quo Imperator profitetur se delectari, si quis ad respondēdum se populo paret: ut ita Hadrianus recessisse videatur à sententia Augusti, qui facultatem respondendi sigillatim concedebat.

Hodie Imperatoris nomine] Universale hoc nō est, cum quædā antiquissimæ Academiæ in Germania privilegia sua & confirmationes a solo Pontifice habeant: sed & alias in specie nomen Imperatoris non interponitur, sed renuntiationes

nes fiunt authoritate Cancellariorum qui fere Episcopi aut alias Ecclesiasticæ personæ esse solent: quandoquidem jus constituendi Academias habitum fuit spirituale.

Quod secus in Baccalaureis.] Siquidē cuiuscunque facultatem intelligit, etiam Magistratorum mentio facienda erat: cæterum Baccalaureorum juris creatio in plerisque Academijs antiquata est & siquidem etiam horum creatio non nisi in Academijs fieri potest: non video, quidni etiam hujus, & quorumcunque graduum creatio ad reservata Principis referri possit

An bullati iisdem privilegijs] Siquidem jure regalium hæc fit creatio, privilegia istis concedēda erant, etiāsi nullū præcesserit examen: (quod tamen negat Tr.) sed hoc casu non recte uti potestate concessa Comites Palatinos esset dicendum? etsi de essentia examen esset, actum plane nullum futurum foret statuendum: & cum doctura non simplex sit dignitas, sicut nobilitas, sed fundetur in eruditione, & Doctores propter testimonium publicum ad officia admittantur, dicendum esset, non nisi sub tacita conditione potestatem illam creandi Doctores videri concessam, si fuerint idonei & digni. Quæ sententia cum rationi consentanea sit quod alias quivis pecunia gradum emercari, & ita Principibus & Rebuspubl imponere posset, magis est, ut periculosa ista haberi debeat cōcessio, eoque existimandi recte sentire Doctores, qui bullatos istos Doctores, eodem jure cum creatis in Academia habendos negant: quod postquam Academijs constitutis hoc jus ordini certo datum est, ad alias personas transferri non debet: neque ferendum ut Comites isti Palatini aliena fide creent Doctores. Firmatur hoc ex *l. 7. Cod. d. Profess.* ubi duo tantum modi probantur, judicium ordinis & authoritas Principis: quæ si in recto usu hac in re delegabilis esset, non se absente Iulian *in dict. l. 7.* præcise ordinis Iudicium exegisset. Vide de hac quæstione pluribus. *Matth. Stephan. de Iurisdict. lib. 2. p. 1. c. 6. membr. 1. n. 73.*

LIT. C.

Cur dubitative respondebant. Cum Iust in § responsa, etiam opinionem authoritatē faciat necessariam, quod etiam sequi Tr. ex oppositione lit E. & quod lit D ea vocat responsa, quæ in d. § partē juris facit Iustin. appareat, minime ferri potest hæc explicatio opinionū, cum dubitative respondebant & controvertebant: siquidem absurdum sit ejusmodi responsis tribuere authoritatem juris, & judices eas sequendi imponere necessitatem.

LIT. D.

Quibus hodie supremarum.] Caute subijcit Tr. quod non omnino procedat hæc collatio: imo, extra quam, quod sententijs ejusmodi judicia inferiora moveri possunt, nulla videtur esse hæc collatio; quia illæ sententiæ jus non faciunt in alijs causis, neque judices alij eas omnino sequi tenentur, cujus authoritatis fuerunt sententiæ ICtorum *d. §. 8. d. iur nat.* quando ipse Iustin non vult movere Iudices sententijs supremorū judicum, *l nemo. C. de sent.* & vtique aliud ICtus est, aliud Iudex: & si juris authoritas illis sententijs esset tribuenda, nō cū responsis ICtorū, sed cum decretis Principū, quorum vice suprema illa dicasteria judicare videntur, essent conferendæ. Cæterum ut hoc addamus ICti ius fecerunt non sanciendo, sed interpretando *arg. l. 2. §. 5. d. orig. iur* & illud videlicet in casibus singularibus dubijs: unde sententiæ ICtorum natæ, quæ conferuntur etiam cum constitutionibus *in l. 4. §. 14. d. doli except* de quibus accipio Iustin. *in d. § responsa. Institut. de iur. natur.* Cæteroquin unius alicujus ICti sive Iudici, sive patri consulenti juxta *l. 2. §. post hunc. de orig. iur.* respondentis sententiam, autoritatem juris unquam habuisse, non existimo. Movet quod postea Theodosius quorundam ICtorum scripta confirmavit, secundum quorum sententiam jus voluit dīci, *t. t. C. Theodos. de respons. prudent.*

LIT. E.

In tanta scribentium turba, & sibi contradicentium, non puto probandum Treutlerum, ut tanquam justam causam litigandi habens, absolvatur ab expensis, qui pro se habet consiliū duorum Doctorum: quod ita vix quisquam in expensas condemnaretur, cum præsertim Dd. consulentibus, quorū meminit Tr. non injuria minus soleat tribui. Nec excusat Tr. quod meminit Dd. approbatorum: quia aut nulli tales sunt, approbationis verbo propriè sumpto, aut nimis multi sunt: & eius erat explicare, quosnā intelligeret approbatos. Neq; iuvant Tr. allegati Baldus & Salic, qui casum diversum tractantes hoc docent, excusari fœminā, si consuluerit aliquos modo pro peritis fuerunt habiti, quod sc. de peritia mulier judicare nō possit. Istud si recte huc transferitur, sequetur etiam eum absolvendum ab expensis, qui quorumcunque etiam ICtorum pro se habet sententiam.

THESIS VIII.

COmmunibus opinionibus ad rationem iuris Rom. exactis plus æquo tribuit: vel quia

in exquirenda veritate numeri rationem habere rectum non est, neque numerandæ, sed ponderandæ sententiæ sunt, vel quia Dd. qui in cōmunibus illis opinionibus familiam ducunt utpote subsidijs illis, quæ ad veram juris Romani cognitionem necessaria sunt, destituti, non raro etiam in ipsa juris principia impingunt, vel denique quia plerumque alij alios non indicio neque ratione, sed authoritate tantum ducti sequuntur: & fit hac sententia, ut plerisque quod vera ratio & etiam textus juris suadent, securi, à communi tantum opinione pendeant.

LIT. A.

Quæ olim recepta sententia.] Non videtur bona comparatio: vel quia illæ erant sententiæ de quibus constabat inter omnes, vel quia ICtorum illorum authoritas necessaria erat, vel quia illis jus & vera juris ratio cognita, in quibus opinatores vulgo non raro offendunt. Vide etiā *Mercer. 1. opin. 3 & 4. Alb. Gent. 3. lect. 17. & eund. in dial.* pro *Dd.* antiquis contra recentiores: ubi docet, quæ debeant censeri opiniones communes, & cujusmodi Doctoris sententia ad numerum augendum sit attendenda.

LIT. B.

Maxime si casus in iure expressus. &c.] quasi vero de hoc unquā dubitari possit, an decisio textus sit postponenda opinioni communi, quæ quidem legi repugnans manifestus error habenda est: & cum hoc ipso implicitè fateatur Tr. quod opinio communis aliquando juri repugnet, vel ideo minus iis tribuendum est.

Quia veritas à multis.] Hoc verum est si ponantur termini habiles & personæ æquales: alias opinio vulgi potior esset.

Reipubl. expedit.] Præsupponit hæc ratio: quod opiniones communes habendæ sint pro jure. Atqui hoc ipsum in controversia est, cum præsertim non publica, sed privata authoritate collectæ sint.

LIT. C.

Nisi de aperto errore.] Et hic quoque nulla dubitandi ratio: quis enim apertum errorem sequi ex usu Reipubl dicat? Neque ut putat Tr. in his terminis intelligi possunt argumēta Zasij, quippe quem ipse lit. præc. ut minus faventem opinionib. communibus improbat, nemo autem utique favebit errori aperto: idque ipsa Zasij disputatio perspicue ostendit & contraria *Coratii d. comm. opin. lib. 1. tit. 8. In sp. 2.*

Quod praxis forensis.] Hæc ratio pro communibus opinionibus aut obscura aut nulla est, nec quicquam tale apud Bald. loco citato.

Et si iuri scripto sint contraria.] Hoc adductis textibus non probatur, & magis est, ut probandum non sit: quod aliud sit quærere de vi consuetudinis legem abrogantis, aliud de eo, quod opinionis errore, quod juri conforme esse putatur, receptum est: & siquidē quod ipse admittit Tr. opinio communis quæ erroris convincitur, admittenda non est, nec admittenda erit, quæ cōtrariatur juri scripto, quia quicquid tale est, erroneum sit, oportet: nisi forte Tr. errorem rationi contrarium intelligit.

THESIS IX.

LIT. A.

Consuetudo magis videtur esse morum causa: eoque mores constantius & firmius quid in usu juris significare videntur.

Observantia differt.] Siquidem nihil tale in observantia probandum est, nullus observantiæ erit effectus: neque in hunc sensum verbo observantiæ ICtos usos existimo: nec conveniunt ea, quæ mox Tr. de probanda consuetudine tradit: nec male *Conan. 1. commen. 10.* consuetudinem similem esse ait virtuti morali, quæ sensim vires acquirit: ut adeo consuetudo considerari possit, tum prout in esse, tum prout in fieri.

Differt etiam à stylo] Haud scio an hæc differentia satis probanda: quod conditio obiecti nō videatur variare essentiam sive consuetudinis sive observantiæ: & ex sententia Dd. stylus ad ea pertinet, quæ concernunt processum: neque dubium est, quin etiam actibus judicialibus consuetudo introduci possit: eoque si quid vel præter vel contra jus, circa satisdationes, testes, dilationes, juramenta & alia id genus, in judicijs observetur & fiat frequenter, recte eam consuetudinem dicemus.

LIT. B.

Rationabilitas.] Explicatione & distinctione hic opus: intelligenda est consuetudo, quæ juris nomen tueri possit: cæteroquin multæ barbaræ gentes, barbaris moribus & institutis usæ, qui errores & abusus dicendi, & Gradus sunt, ut ita loquar, irrationabilitatis: improbanda sc. consuetudo, quæ legē naturæ offendit, non omnis quæ juris gentium, & multo minus, quæ juris civilis: quo respectu *in c. un d. l. feud.* dicitur, irrationabilis consuetudo, ut liceat alienare feudū, sine domini voluntate. 3. Rationabile aliquid est vel ex se, vel opinione, aut etiam ad statum Reipubl. cui quod contrarium est, non protinus irrationabile habendum: quin multa conditio & scopus

scopus Reipubl. vel legislatoris excusat: ut proinde multa opus cautione, cum rationem ad essentiam legis vel consuetudinis requiri dicimus. Neque recte hoc accipi à Tr. colligere licet inde, quod Baldum improbat, qui in *l.* 39 (nam in *l.* 32. nihil extat) *d. LL.* verissime affirmat post Gl. valere consuetudinem, quæ offendat æquitatem & rationem civilem, sub hac tamen limitatione, ut hujusmodi consuetudo ne quidem ad similia extendatur. Nihil plane huc facit *l.* 13 *§. ult. de injur.* ibi, tametsi nullo jure, quoniam ibi de usurpatione tantum privati agitur, quæ adeo jus non facit, ut in usurpantem detur actio injuriarum: cæteroquin in eo casu tantum offenditur ratio juris gentium secundarii, circa jus piscandi, ut hoc tamen non tollatur, sed limitetur: & videmus hodie defendi consuetudinem, quæ privatis jus venandi, etiam in proprio interdicit.

Vt consuetudo Poloniæ.] De hac ita scribit Valent. Frideric. Rigensis *in lib. d. stat. Polon.* olim ita obtinuisse, ut nobilis paucis grossis corpori interfecto impositis, impunis abiret, si videlicet occidisset hominem proprium, sive suum sive alterius nobilis, modo tamen non incolam civitatis: sed postea longe ante Stephani tempore publicis regni comitiis id abrogatum, & in occisorem etiam rustici pœnam tum pecuniarum 240. marcarum tum annui carceris cõstitutam esse. Verũ diversa ab his scribit Theodor. Zawacki Rogala, in memoriali LL. Poloniæ, ubi sub Lit. K hanc ceu constitutionem Regni refert. Qui plebeium hominem rusticanum occiderit, triginta marcas exsolvat, quarum medietas Domino occisi, alia pueris cedat, & in statutis & LL. Poloniæ collectis à Iacobo Prilusio *lib.* 1 *c* 17 Si quispiam Kmetonem occiderit, decem Marcas solvere teneatur, quarum sex pueris, quatuor domino exsolvantur. Et accepi ab ejus rei peritis, hodieque id servari, & de Stephano dici, eum in animo quidem habuisse id mutare, sed effectui non dedisse, & forte nec potuisse.

Vnde resolvi potest) Duplex hic committitur fallacia homonymiæ, quia interest. 1. An aliquid ex se malum ex consuetudine, tanquam pro jure accepta impunitum sit, fuerit ve, an ex vitiosa administratione & negligentia magistratus. Illo casu omnino evitabit pœnam, sicut fures apud Spartanos: quia licet ex se injustum, in ea tamen Republ. ubi pro jure observatur, justi vices obtinet aut certe liciti: posteriori casu conditio personæ possit excusare à tanto, sed non a toto: ubi tamen etiam inter qualitatem delicti, an minus magis ve rationem & naturam offendat, distinguere oportebit. Itemque an ex levitate, an affectu, an proposito factum: an delictum fuerit impunitum, etiam illorum qui delati & accusati fuerunt, an ideo quod forte ad notitiam magistratus non pervenit: quibus circumstantiis pœnam mitigandam omnino defendam cum Canono & aliis multis, quos Prosp. Farin citato loco adducit, & fere sequitur *Masc. concl.* 194 *num.* 10. 2. Aliud est consuetudo loci, aliud assuetudo personæ: quæ diversissima inter se, dum priori quæstioni annectit istam, an furtis assuetus mitius sit puniendus, confundit. Equidem, quod istam quæstionem attinet, disputari possit ex sententia Platonis, actiones ex habitu contracto esse involuntarias: & licet Aristot contra *disput.* 3 *Eth* 5. quod ab initio in arbitrio ejus fuit non contrahere habitum: attamen replicari potest, quod culpa in contrahendo habitu commissa, sit diversa à culpa, quæ in delicto committendo: sicut ex gratia mitius puniri ebrios receptum est. Verum aut non intelligimus hic habitum contractum, ut adhuc correctioni sit locus per graviorem coercitionem aut si contractus erit, cum versetur hic injuria & periculum alterius, talis ut incurabilis ad exemplum qui alter pœnæ finis est, ut emendentur alii, à communione civili erit abscindendus Hinc tertio furto pœna laquei: & hinc ex sententia Dd in solitum blasphemari, pœna mortis, *Cynus in l* 2 *C. d. Iure-jur n.* 4 *& Salt ibi. Bl in l* 2. *C. ad L Iul. Majest. Menoch. cas.* 375. *n.* 26. *Alex cons.* 72. *vol* 1. *Farin. p.* 1. *d. delict. q* 20. *n.* 42.

LIT. C.

Ideo in scripturam redacta.) Distinctio expedita est, an fiat memoriæ causa, an per modum sanctionis expressæ ab eo, penes quem jus est condendæ legis: quo casu legem fieri necesse est, quod hujus ista sit specifica differentia. Et Wesemb. loco citato opinionem Dd. non improbat, qua negatur fieri lex, si memoriæ causa scribatur.

LIT. D.

Hodie in consuetudine generali) Non satis intelligo, quomodo consuetudo generalis commode introduci possit in amplissimo imperio: & erraverit, qui putet in consuetudine spectari nulla tali scientia opus. Sed & male verbum hodie opponitur tempori Reipub. popularis, quæ

ante mille sexcentos annos desiit: cum etiam in terminis Reipubl. popularis frustra de alterius scientia quæratur. Cæterum si opponatur statui veteri monarchico, magis olim quam hodie consensu aut scientia Principis opus.

Post legem regiam. Tutius dixisset, post imperium in Principes translatum, quia de l. regia, quando lata sit dubitatur, & quod imperio jam occupato lata sit, non dubitatur: quin & post l. regiam aliquod jus populi hac in re fuisse, docet responsum Juliani *l. 32. de LL.* Quin statuit Tr. *th. seq. lit. B.* si nullum versetur superioris interesse, consensum ejus non requiri, & tamen qui statutum faciendi jus habent, proculdubio etiã consuetudinem poterunt introducere, quod admittendum videtur, si superiorem non absolute & secundum quid recognoscant, velut status imperii imperatorem: in aliis statuam contra Tr. *d. th. seq. lit. B.* quoniam de hoc effectu quæritur, ut superior statutum factum, vel consuetudinẽ introductã tollere & revocare nequeat.

Inepte quæritur an pupillus.) Hic tamen utique actum, ex quo nascatur aut firmetur consuetudo facere non poterit. Bartol. male allegatur, apud quem citato loco hoc vere dictum extat, quod ille demum populus cõsuetudinem introducere possit, qui jus habet condendi leges: verum ista allegatio pertinet ad sequentem quæstionem, quod ibi affirmat Bart. à parte civitatis consuetudinem introduci posse: & hoc forrassis non sine ratione, ubi pars separatim considerari potest, velut Brunovici, quod ex quinque civitatibus dicitur compositũ, vel alibi, ubi civitatem fluvius interlabitur, vel mõs interfecat, cujusmodi exempla extant apud *Aristo. 5. Politic. 3.* etenim cum Conan. etiam familiam consuetudinem sibi facere posse admittat, quid ni hoc admittamus in civitatis parte: neque ejus argumentum concludit, quod illud præbeat causam discordiis: quia hic non quid expediat, sed jus partis illius consideramus: & cum jurisdictio etiam à parte illa populi sit, non poterit ea impedire, quo minus ea jure suo aliquid introducere possit, maxime si id, non contra jus commune Reipubl. sed præter illud esse proponatur.

Et hanc ob rationem, &c.) In his verbis & quæ sequuntur, hæc notari possunt. 1. Quod colligi videtur ex verbo, facere, & verbo, conventionibus, ab eo statutum cum consuetudine confundi. 2. Quod frustra & sine effectu collegiis jus statuendi, eatenus tantum ut ne alii teneantur, concedit, quippe quod ita non jure statuti, sed jure conventionis, quod ipse mox subjicit, (ubi tamen male allegatur Cui.) sit valiturum. Et haud tamen scio, annon amplior effectus sit istis statutis tribuendus, ut videlicet quicunque illi collegio nomen dare volunt, etiam statutis illis parere teneantur.

Lit. E.

Diuturno tempore) Recte statuitur hoc arbitrio judicis relinquendum esse, quippe quod causa unica & vera consuetudinis sit in consensu populi, qui colligitur ex actibus, qui fiunt in tempore, quod adeo merum consuetudinis accidens est, neque si vere loqui velimus, inter consuetudinis requisita recensendum.

Quod in statutu) Plane hoc insubtiliter dici videtur; quia statuta sicut leges expressa fiunt sanctione, neque adeo ad sui confirmationem decursu temporis opus habẽt: nisi quis disputet de statutis non jure factis, quæ ex tacito consensu & patientia superioris, post tanti temporis lapsum firmata videri possint. Et in isto non est inelegans differentia Legis, quæ statim vires habet, & consuetudinis quæ sensim & ex multis actibus singularibus, quasi per inductionem colligitur & constituitur.

Præsumitur etiam ex actibus) Et hoc minus subtile est, quoniam nonnisi ex actibus, minime autem ex solo tempore consensus populi præsumi, aut probari potest. Cæterum hoc quoq; quot actibus opus sit, inter arbitraria referri oportet, quod pro qualitate actuum, modo ex paucioribus, modo ex pluribus de consensu populi statui potest: neque male Bart. *in l. 32. d. LL. num. 10.* an actus contradictorio judicio firmati nec ne, an manifesti & notorii sint necne, distinguendum censet.

Etiam ex extrajudicialibus.) Neque hoc satis bene, quia pro qualitate objecti non nisi per ejusmodi actus consuetudo potest induci: cui non derogat *l. 34. d. LL.* quod ibi non agitur de actu, quo consuetudo inducitur, sed re judicata, per quam secundum consuetudinem pronunciatur.

Lit. F. & G.

Proponitur hic vulgata quæstio, an consuetudo possit vincere legem, quam difficilem faciunt contrarii textus *in l. 32. inf. d. LL. & in l. 2. C. quæ sit long. consu.* Conciliatio Tr. probanda nõ videtur. 1. Quod hic quæratur de usu legi contrario, quo posito nequit esse lex in viridi observantia, sicut ex adverso hac posita consuetudo contraria esse dici nõ potest. 2. Quia altera pars conciliationis, vel si lex nova, &c. facit casum indubi-

indubitabilem, quo dubio procul, ficut lex, ita & consuetudo à legislatore tolli potest. neque de hoc, an lex posterior tollat consuetudinem priorem, sed de inverso casu à Juliano *in d.L.* 32. disputatur. *Bart. & Dd post Gloss in d l.* 32. inter consuetudinem generalem, & specialem distinguunt: verum *in d l.* 2. *C. quæ sit longa consf.* in iisdem terminis lex & consuetudo opponuntur, neque dubitari potest, quin specialis consuetudo legem generalem tollere non possit. Alii inter consuetudinem contrariam & desuetudinē distinguunt, quos male sequitur *Ant. Faber. in d. l.* 32. *d. LL.* cum solo non usu non possit *l.* 2. Sed ne prolixiores in singulis refutandis simus, videantur variæ hujus rei explicationes apud Cujac. 2. *feud.* 1. *& in l.* 1. *de usur. lib* 2. *quæst. Papin. Donel.* 1. *commen.* 10. *Duar. c ult. d. LL. &* 2. *disput.* 32. *Balduin. in* §. *pen. I. d. Iur. natur. Greg. Lopez* 1. *anim.* 5. *Brench* 1. *assert.* 4. *Lyck* 1. *membr.* 11. *Bellon. in Antin. contrar.* 16. *Petr. Fabr.* 3 *sem.* 22. *Vital.* 2. *lect.* 28. Dici fortassis non improbabiliter possit. Ut distinguantur tempora Constantini, quibus Imp. absoluta potestate, & omni hac in re jure quibuscunque subjectis adempto, leges generales in omnes ferebant provincias, quibus sive per statuta, sive consuetudines cujuscunq; populi derogati nolēbant: & inter tempora Juliani, quibus populus Romanus adhuc conniventia Imp. jus aliquod suffragiorum habere videbatur, quod notat Duar *ad l.* 9. *d. LL.* & quibus etiam leges multæ antehac à populo sancitæ obtinebant: quam explicationem confirmat ratio Juliani *in d. l.* 32 nihil interesse, an expresse an tacite populus voluntatē suam declaret, & quod scribit Justin. *in* § *pen. I. d. ju. nat* leges mutari vel tacito consensu populi, vel alia lege lata. Quæ efficiūt, ut ejusmodi populus, qui nullum jus cōdendi vel mutandi leges habet: neque legi contrariam consuetudinem introducere possit: quā sententiam refert etiam Bart. *in d. l.* 32. *d. LL.* eaq; referente Acc. ibid. Irnerio placuisse videtur.

Illud certum, non modo.) Quod consuetudinem à lege vinci ait, omni ratione dubitandi caret: quod illam sæpe in legem mutari addit, male cū illo copulatur, nec quicquam huc pertinet, & ubi super eo, quod ante consuetudine receptum erat, lex fertur, non amplius illud, ut ex consuetudine, sed ut ex lege obtinens, consideratur: quæ etiam æquitatis ratio est, quæ non ubi à ICto interpretātē scribitur, sed ubi à legislatore probata sancitur in legem degenerat.

Ut jus patria potestatis.) Exempla subjecta non bene accommodata videntur, quia nulla super his certa lex lata probatur. Patria potestas moribus recepta dicitur *l* 8 *de his, qui sunt juris arg. pr. I. d acquis. per arrog.* vel quia ex jure gentium est *arg L ult d. rit. nupt* vel quia sensim ea præsertim quoad diversos effectus apud Romanos recepta: quod licet Romuli lege de ea cautū esset, teste Dionys. Halic l. 2. Ejus tamen legis mutato statu vix ulla videtur habita fuisse ratio, cum etiam effectus, quos patriæ potestati tribuerat Romulus, sequens ætas aut improbasset *l.* 11. *inf. d. liber. & p. sthu.* aut in effectus imaginarios cōvertisset §. *præterea, I. quib mod. jus pat. solv.*

LIT. H.

Quæritur hic, an Doctori de consuetudine attestanti fides habeatur: quod verbis affirmatur in thesi, verum negativam lectionem requiris tum verbum præcedens *quantumvis*, tum ratio subjecta quod facti sit & fallere possit, itemque, quod qui allegat jus aliquod dubium, illud probare debet: eoque contra Tr. *th. præc. lit.* C. *inf.* etiam doctori attestanti de opinione cōmuni fidem habendam esse vix admiserim: Verum Tr. suam ipse sententiam hic destruit, dum cum Masc. eatenus non obscure sententiam Bartoli admittit, ut attestatio doctoris faciat probationem præsumptivam. Quæ quidem non limitatio, sed ipsissima Bartoli sententia est: & satis ita doctori creditur, nec quisquā adeo ineptus est, ut probationem contrariam excludat. Possit alias distingui, an allegatio fiat ab advocato, an aliquo scribente: itemq; an attestatio fiat super consuetudine curiæ, vel loci in quo ille doctor versatus nec ne, de quo præter allegatas à Tr. Vide Soarez *in comm. op. lit. G. n.* 191 *Fichar. vol.* 1. *consf.* 12. *nu.* 8. & plures apud Mynf. 5. *obs.* 96.

THESIS X.

AD lit. A. de statutis municipiorū limitationis loco addendum est, quod ita valere possint, si non derogant juri communi: & tamē valerent non jure legis, salvo sc. semper jure superioris, ut pro authoritate sua iis derogare, eaq; abrogare possit.

Debent esse rationabilia.) Iisdem hic limitationibus opus, quas th præced. lit B proposuimus: ideoque cum statuta illa Mechanica, quorum facit mentionem, non offendant rationem naturalē, si modo ab iis penes quod eius rei ius est, sancita sint, defendi posse existimo: non obstāte quod *in L un C. de monopol.* improbata videantur: quia nec omne quod L. civili improbatur, rationi adversum esse consequitur: quod ostendit ius retractus Romano iure damnatum *l dudum. C. de contrah. emt.*

Adprobandum observantiam.) Jam supra diximus, statuta vim legis obtinere, eoque ad ea firmanda observantiam non requiri.

Ex usu fere.) Interest an quæratur de jure ex verbis certo, an dubio: hoc posterius interpretatur consuetudo juxta l. 37. d. LL. illud autem consuetudo à verbis expressis diversa, non interpretatur, sed mutat & abrogat: adeoque cum posteriori hoc modo consuetudinem a jure Saxonico & verbis ejus juris recessisse non obscure admittat Tr. non recte in genere sub interpretationem hoc quoque refert.

Hodie esse decisa per Novellas.) Non satis bene hoc dicitur, quod juris Saxonici potestas, longe excedat fines ditionum Electoralium.

Non coacte.) Hoc non Lituanis aut Polonis, sed omnibus fere, qui jure Saxonico utuntur, hodie commune existimo.

Ius commune censetur.) Abusio hæc verbi est, quod ita nullum possit esse jus proprium: neque ullum jus commode dici potest, nisi quo plures utuntur populi vel civitates, cum omne jus non in unum aliquem aut paucos, sed in omnes cives feratur.

Vbi exorbitat à jure communi.) Dubitari possit ex eo, quod jus Saxonicum prius fuit in Imperio Germanico, quam jus Romanum, & quãdo 20. annis, si juxta Tr illius juris principium ad annum 810 referendum est. Attamen quatenus postea jus Romanum in omnes provincias quasi promulgatum fuit, eatenus sententia Tr. admitti potest.

LIT. B.

Cum statuta à legibus distinguat, non recte sanctiones cujusvis magistratus in suo territorio, & quidem quod ex oppositione patet, etiam ejus qui non recognoscit superiorem, refert sub genus statutorum: quippe cum hæ non minus quam Principis, sanctiones, legis nomen mereantur: nisi forte eo respicit, quod cum omnes status Germaniæ non modo, sed etiam Italiæ, jus Romanum agnoscant, illi quoque sanciendo non tam leges ferre, quam statuta condere dicendo sint, ut quoad hoc, licet re vera superiorem non recognoscentes, inferiores se agnoscere videantur.

LIT. C.

Adeo ut etiam ipsi statuentes.) Nulla hic ratio dubitandi, in statu Aristocratico, & maxime populari.

LIT. D.

Ait, advenas ex delicto forum sortiri. Quod extra dubium est, ut ibi conveniri & puniri possint; verum, quod præcedentia & sequentia arguunt, illud velle videtur Tr. quod advena pœna ipsa statuti puniri possit: quod in distincte admittendum non est: & verius si pœna vel æquo gravior, vel alias quam alibi statuta est, major definita sit, ea advenæ irroganda non sit, quod scil. statutum ignorasse intelligatur, nisi præsumptio illa & exceptio ignorantiæ, vel ex diuturna eo loci conversatione vel aliis modis elidatur: juxta tradita à *Bl. & Br. in l. cunctos populos num. 44. & seqq. C. de summ. Trin. Iason. ibid. col 7. Cyn. & Salic. ibid n. 7.* idque maxime in delictis, quæ civilem potius quam naturæ rationem offendunt.

LIT. E.

Proponitur hic quæstio, an statutum disponens circa successiones, obtineat vires in alio territorio. Ubi Tr. non recte allegat Bartolum, qui distinctionem improbatam, non quæstioni primæ, sed parti ejus de casu successionis ab intestato applicat n. 42. Cæterum distinctio Tr. quoad primam partem circa causam testati, cõmunissime recepta est, teste Iasone *in l. 1. C. de sum. Trin. col.* 10 sicut illam contra Dd. antiquos, Petrum & Iacobum *in d. l probant. Br nu.* 36. *Bl. col.* 8. *Cyn. n.* 8. *Salic n.* 11. si videlicet statuto solennitates testandi sint remissæ, secus si persona inhabilis habilitata. Bart. *in d. l. n.* 41. Etenim testamentum quoad hoc videatur sapere naturam contractus, & cum statutum valere præsupponatur, adeoque testamentum, ex illo etiã universa bona hæres consequetur, cum ex testamento fit titulus universalis individuus, ut ait Baldus *col.* 9 & ut Salic statutum hic non disponit de bonis principaliter, sed sufflat spiritum in testamentum, illud validando Et in arg. adducuntur *l. magis puto, §. illud 12. de reb. eorum. & c. l. data, & l. in hac C d don. l. 2 C. quemadm. test. aper. l. fi. C. de testamentu l. 1. in fi d. ventre inspic. textus bon. in l. 9. C. de testam.* Iidemque authores in causa intestati diversum cum Tr. statuunt, excepto Saliceto *in d l. 1. num.* 14. in cujus sententiam proclivior sum, quod statutum disponat de successione civis sui: id adeo cum jure factũ sit & validum, secundum illud bona morientis deferri debent, idque citra ullam injuriam magistratus alterius territorii: cum etiam ex accidenti, quod mortuus alibi bona habuit, quæ facile alias vendere potuisset, non debeat variari successio. neque ex illo accidenti, inferri cõditio iniqua hæredi, quem lex vocat ad successionem,

ſionem, cum utique ſtatutum diverſi loci de ſucceſsione mortui diſponere non potuerit: & ut diſputat Salic. quod qui decedit inteſtatus, tacite intelligatur voluiſſe decedere ſecundum loci legem & conſuetudinem: facit *in arg. textus in l. cum bonis de teſtamentis. l. magis puto. §. 12. de reb. eor. l. propter litem. §. 2. d excuſ.* Et alibi, ſi alius ſtatuto illo non vocatus, poſſet ead. ratione teſtamentum, ſecundum ſolennitates alterius loci factum impugnare. Cæterum pro communi ſententia adde Colet. *d. proceſſ execut. p. 1. c. 3. num. 130 Modeſt. Piſt p. 1. conſil. 31 q. 4. & 5. Dauth. d. teſtam. rubr. de materia teſtam. n. 54.* ubi hæc verba habet. Qui bona in diverſis provinciis habet, ille plurium perſonarum vice fungitur, ſcinditur, inquam, hoc caſu, perſona: ſcinduntur ergo & patrimonia: ut ejuſmodi homo moriens ratione juris provincialis diverſi alios atq; alios hæredes aut diverſo modo habere poſſit.

Et ſane magis.) Non bene hoc cohæret, quod ſtatutum etiam poſſit eſſe nō odioſum: & quod etiam teſtamento, cui leges minus favent, inſtitui poſsit.

Ubi igitur jus commune.) Non ſatis bene eandem vult eſſe rationem impetrandi ſtatuta & jus commune. quippe quod illa proprie dicta a recognoſcentibus ſuperiorem ſanciantur, ut adeo ea producendi ead. ratio non ſit, præſertim ſi ſtatuta citra authoritatem ſuperioris, quod admittit Tr. facta proponantur.

DISPUTATIO II.

DE JURE PERSONARUM.

Reſpondente

HENRICO à Mezrad nobili Luſato.

THESIS I.

LIT. A.

NON valde moror, quæ hic prolixè Tr. de tribus objectis proponit: neque puto hic neceſſum eſſe nimis agere ſubtilem, aut ſuperſtitioſè bimembrē diviſionem conſectari. Simpliciter dicemus, perſonas eſſe quaſi fundamentum, quæ acquirunt, res acquiri, actiones eſſe remedia, quibus ad jus noſtrum obtinendum aut perſequendum utimur. Illud non ſatis video, quare jus circa perſonas & res abſolutum dici debeat: cum & in acquirendo plures intervenire oporteat, & vel maxime in jure perſonarum, velut inter patrem & filium dominum & ſervum, &c. rationes occurrant, & quicquid putet Tr. alia ab hoc Donelli ſententia eſt.

Verum illa l. ult &c.) Prima hæc ratio contra Althuſium non videtur concludere, quod ſcil. homines, præcipue remedio actionum, jure utantur, & Althuſ. facit primum & à primo ortum, ad quod judicia refert, eoque parum à Donelli ſententia abire videtur.

Quid quod acquiſitio.) Nec altera ratio hæc magni eſt momenti, quod etiam perſonæ & res jus minime conſtituant, ſed ejus ſint objecta: neque ipſam acquiſitionem vel amiſſionem, ſed jus circa illa conſtitutum, vel potius modos & cauſas &c. intelligit Althuſ.

Quid quod juri tantum privato.) Tertia etiam ratio hæc nihil movet, quod ipſe Ulp. & Juſtin. jus tantum privatum dividant, de quo fere etiā tantum in libris juris noſtri agitur; & ipſa tractatio inſtitutionum arguit illam diſtinctionē objecti juri tantum privato eſſe accommodatā.

LIT. B.

Magis videtur contra Tr. ut perſona non qualitatem civis, ſed ſimpliciter hominis deſignet, quomodo paſſim in jure ſervus perſona appellatur, *l. 22. de reg. jur. l. 1. de ſtatu hom. l. 3. ne quis eum qui in jus voc. l. 215. d. v. 3. tit. Inſt. de jur. perſ.* ſicut & in diſtinctione triplicis objecti ſub perſonis ſervus continetur. Neque obſtat quod ſervus pecudibus comparatur *l. 2. ad L. Aquil.* quia duplex conſideratio eſt ſervi, quia res, & ad ſecundum objectum pertinet tanquam in commercio exiſtens: & qua perſona, quatenus ſcil ſervi cognati & affines dicuntur, § *illud, 10. I. d. nupt. l. 14 § 2. & 3. de ritu nupt.* quatenus liberi fieri, hæredes inſtitui & legata accipere poſſint, ita ut hæc etiam ex ipſorum ſervorum perſona quadantenus valeant *l. 28 §. ult. d legat. 2.* itē obligari, & alios, quin ipſum dominum ſibi naturaliter obligare *arg l. 32. de reg jur. §. 1. I. d. fide juſſ.* aliquid quaſi proprium poſſidere, illud pro capite numerare, & ſuper eo cum ipſo domino de libertate paciſci, & contra dominum ad fidem ſervandam officium judicis implorare. *Sen. epiſt. 81. l. 4 §. 1. de manumiſ. l. 9. & 14. pro emp. l. 9. C. de condict. cauſ. dat.*

LIT. C.

Male affirmat ſimpliciter in pr. maris & fœminæ parem eſſe rationem cum jus naturæ ſequimur I. Quia Deus ab initio fœminam viro ſubjecit: & licet iſtud ad imperium œconomicum

eum referas, exinde tamen nihilominus diversitas utriusque sexus Deo ipso sanciente apparet. II. quia cum imperfectior natura, fœmina sit, & secundum Philosophos natura semper intendat marem, deterior quoque & inferior erit. III. quia ipsa experientia teste & omnium politicorum sententia præstantioribus dotibus natura masculos ornavit: omnino generale habẽdum sit quod est *in l. 1. de senatoribus*, majorem esse dignitatem in sexu virili. IV. Ex *capit. 15 can. 33. quæst. 5.* ubi fœmina dicitur servire viro, communi lege naturæ: de quo pluribus infra disput. *8. th. 2. lit. 6.* V. quia ut docet Arist. *1. Polit. 3.* natura fœmina subjecta est mari, non secus ac appetitus rationi, servus domino, bellua homini. Quin & ex jure naturæ, quod brutis commune dicitur de quo tamen non loquitur Tr. prærogativam sexus masculinus habet, quam etiam adstruit Plin. *l. 3. 6. 4 adde Tiraquel ad 1 L. connub. n. 3. & seq.* Neque obstat *l. maximum vitium C. de l. pret.* quia Iusti. Imperator uxorius causæ suæ ibi inservit, vel quia ut in materia successionis & alibi par debeat esse utriusque sexus conditio ubique parem esse debere non consequitur. Plane in hoc etiam aliud longe judicium fuit, veterum juris conditorum, de quo Ant. Augustin. D. LL. pop. Rom. in L. Vocon. & nulla Iustin. ratio est, de accusatoribus naturæ: quia ut maxime natura fœminas producat, non tamen propterea in omnibus eodẽ jure fœminas uti vult aut sincit natura & ita omnes priscos Romanorum, Græcorum, imo fere gentium legislatores, qui justissimis ex causis in successionibus & alibi prærogativa masculos uti voluerunt, accusatores judice Iustin. fuerint naturæ. Vide etiam de conditionibus fœminarum ex jure civili. *Petr. Fabr in l. 2. de O I.*

Ideoque in statutis etiam pœnal.] Mala hæc ex præcedenti de exæquatione fœminarum ex jure naturæ, illatio est: vel quia cum dicimus alicujus parem esse rationem, ad favorem illius & commodum respicimus vel potius quia statuta pœnalia non naturalis, sed positivi juris sunt, & non raro à jure naturæ recedunt. Et tamen hæc in statutis pœnalibus exæquatio simpliciter admittenda non est: quod licet eadem & aliquando major sit malitia fœminæ, & *in l. 16. de pœn* inter circumstantias ex quibus pœna minuitur, sexus non referatur, & *in l 10. de adult.* & alibi eadem pœna in fœminas statuatur: attamen ipsæ LL. suppeditant hic distinctionem an delictum sit jure gentium & naturæ, an jure civili prohibitum, itemque an ita comparatum, ut ignorantia juris excusari possit, per *l. 7. ad L. Iul pec. l 38. § 2. & 7. d adul arg. l. 9 de jur. & fact. ign.* Quin etiam sexum inter causas mitigandi pœnam referri testis est *Tiraq. de pœn tẽp caus. 9.* Unde patet non recte se habere legem Justin quæ fœminam adulteram longe mitius quam virum punit, & omnino à pœna capitali absolvit.

Mulierem nihil habere prærogativa.] Si quidem, ut præmittit, in multis causis deterior est conditio fœminarum, de isto ne quidem dubitari potest. Cæterum per Justin in multis melior facta est conditio fœminarum, satagente proculdubio conjuge Theodora, qua in consilium adhibita, ea sc. quæ sibi à Deo data sit, allusione ad nomen, leges se tulisse profitetur Justin. in cujus etiam nomẽ præsides & magistratus provinciarum jurabant N 9 eam non cessisse Justin scribit *Evagrius lib 4 cap. 10.* imo plus potuisse, neq; unius sed duorum imperium fuisse Zonaras testis est: neque id sine causa, quod autore *Procop. l. 1. de reb. Pers.* seditione excitata, cũ Just. pleriq; desperãtibus jam naves & fugam spectaret, ipsa oratione magnanima Just. animum confirmavit, ut hic adeo uxori quasi conservatum debuerit imperium. Ostendit ratio quam illi tribuit Procopius, ambitionem insignem illius fœminæ. Absit, inquit, ut cum ego diem videam, quo nõ ab obviis Domina salutes, mori satius est, quã regnum relinquere mihi quidem notus sermo probus, ὅτι καλὸν ἐντάφιον ἡ τύραννις: quibus scil. verbis olim Philistus Dionysium seniorem seditione coorta de imperio deserendo cogitantem, confirmavit, ut refert Dionys. sic *lib. 14.*

Falli Cujacium.) Revera indignus ille Cujacio error est, & si maxime nomen hominis, velut apud Gallos, fœminis neges, ipsam rem tamen negare, oppido quam fuerit stultum. Neq; movere debet *l. 38. §. 5. de pœn.* ad quam utendam est vel responsione Tr. vel *Freheri 1. parerg. 17.* ut posterior clausula ad poculum abortionis referatur, si eo vel mulier, vel homo, id est, fœtus in utero perierit.

THESIS II.

LIT. A.

Quorum status libertas.) Improprie hoc dicitur, sicuti & Lit. b. servitus dicitur status. Recta autem definitio est libertatis, quod servi non vi & jure, sed conditione & qualitate status sui quidquam facere prohibentur.

LIT. B.

Origine juris gentium.) Caute hoc accipiendũ, ut ta-

ut tamen non negetur ex hoc jure forma, cum tota essentia servitutis ex jure gentium sic licet modos aliquos & qualitates adjecerit jus civile, quod & circa obligationes usuvenit.

Contra naturam.) Hoc quoque sane explicandum: quia libertas non est à jure naturæ & rationis decretive: & servitus magis præter illud jus quod cum illo jure bella ignota essent, nec servi esse possent. Dicitur igitur contra naturam, quia repugnat conditioni, quam homo habet à natura, quæ omnes æquales produxit *arg. pr. l. de libert. & l. 32. de reg. jur.* Alio sensu hoc explicari possit, quod cum Aristot 1. *polit* 3 natura servi sint, quos illa stupido ingenio quasi ad serviendũ produxit: hoc servitutis genere frequẽter aliis subjici cõtingit, quod imperare par erat.

Servitutem esse pœnam peccati. Male hoc probatur ex cap. 6. Genesis, vel quia utique Kam in servitutem fratrum suorum nõ fuit redactus: vel quia respicit politicam subjectionem, quæ tamen in posteris demum habuit exitum, & ex altera parte præeminentiam quandam: quomodo etiam Isaac filium Iacobum fratris Esavi quasi Dominum constituit.

Recta etiam ratio.) Vix est ut huic bella adscribi debeant, nisi quatenus respiciunt defensionem: cæteroquin ea à ratione depravata & improbitate hominum, & cupidine habẽdi dominandique traxerunt originem: qua ead. libidine & simul avaritia, non vero recta ratione, hostes in servitutem deduxerunt: illa enim non tam vera ratio, quam prætextus est, quod servandi, & ne occiderentur hostes, gratia, servitus accepta dicitur. eoque magis, si servitutem eo modo, qua Romanis exercita fuit, acerbe sc. & crudeliter, consideres: & indicio est, quod Christianis postea servitus improbata.

Ita cum sapientes Romani.) Totum istud frivolum plane & commentitium est: quia non Romanis hoc proprium, sed omnibus fere gentibus commune teste Iustin. *in §. 1. t. qui sunt sui vel alien Cyrus apud Xenoph. 7.* νόμος γὰρ ἐν πᾶσιν ἀνθρώποις ἀΐδιός ἐστιν, ὅταν πολεμούντων πόλις ἁλῷ, τῶν ἑλόντων εἶναι καὶ τὰ σώματα τῶν ἐν τῇ πόλει καὶ τὰ χρήματα, & in specie recepta Assyriis, Syris, Arabibus, *Xenophon l. 4. παιδείας.* Parthis, Germanis *l. 24. de captiv. Iustin. lib. 41. Corn. Tac. de moribus German.* Neque vero hæc justa aut adæquata ratio, & ut aliquatenus esset, ea tamen tantum captis in bello injusto, & sciẽter injustam causam foventibus, & fere non nisi ducibus & auctoribus belli, non autem militibus & subditis, multisque nihil ausis, velut urbe expugnata captis, nec fœminis aut pueris, nec ex ancilla natis conveniret. Et nulla plane hic Romanorum sapientia, sed illi jure ab aliis gentibus accepto crudelius etiam quam hæ, usi fuerunt: & illa pœna hostium esse debet, non uti privati quique mancipia fiant, sed ut victi imperium accipiant.

Illis ipsis utilem.) De hoc servitutis genere hoc affirmari nec potest nec debet, sed cum Arist. de illa, qua natura stupidus & tardus subjicitur præstantiori, ad quod genus pertinet illud *Athenei lib. 6.* δεινοὶ, πολλοὺς ἑαυτῶν οὐ δυνάμενοι πορίσασθαι, ἐπιδοῦναι ἑαυτοὺς τοῖς συνετωτέροις ὑπηρεσίαν.

Quamvis hoc potius de Politica.) Ita omnino est, & nec quidem per analogiam ad servitutis istam speciem hoc accõmodari posse putamus, quod istæ subjectionem species toto inter se genere differant.

Aliæ enim gentes.) Hoc quoque omnino ad subjectionem & imperium politicum pertinet: ideoque male ei, quod de analogica accommodatione ad servitutem domesticam dixerat subjicitur.

Quod autem dictum est.) Quæstionem istam non bene expedit Tr. neque ad textus bene respondet. Dicendum potius quod servus consideretur velut persona, relatione habita ad dominum, quomodo nunquam sine domino est: vel ut res alia quæ est in dominio, quo sensu potest esse sine domino, non secus ac quævis alia res quæ pro derelicto habetur, licet jure novo servus pro derelicto habitus liber fiat: vel brevius, servus consideratur vel simpliciter ut res quævis, vel cum illa qualitate actuali serviendi, tanquam instrumentum, quod semper est relatum. Cæterum ad *l. 1. in pr. de rer. div. f.* minus recte respõdet, quasi servus ibi sit in dominio heredis futuri: cum tamen ibi de hæreditate jacente agatur, quæ non hæredis sed defuncti personam repræsentare dicitur, *in pr. Inst. de stipul. serv. §. 1. l. de hered inst. l. 31. inf. eod.* neque adeo dici potest hæredis ratione juris, quod habeat in rebus hæreditariis, cum nondum hæreditatem adivisse proponatur, & singulari casu & respectu hæreditatis repræsentare dicitur personam hæredis, *l. 24. de novation.* de qua *infr. part. 2. disput. 12. th. 1.*

LIT. C.

Movetur initio quæstio an statu liber puniatur ut servus an ut liber: quod posterius primum introductum ait constitutione Divi Pii. Verum obstat, quod Ulpianus qui post Divum Pium vixit *in l. §. 3. si ii qui test. lib.* statu liberum ut servum puniri respondit, quod sc. argum. utitur ipse *Tr. inf. p. 2. disput. 9 th. 2. lit. f.* Contra Cujacium qui constitutione Divi Pii circa excusationis causam imperitiam literarum jus novum factum esse putat: quod quidem si valet contra Cujac. etiam necessaria valebit hic contra Tr. Sed nimirum, ignoravit ibi Tr. etiam Antoninum Caracallam, Severi filium, Pium dictum, & divum appellatum fuisse, autore Spartiano; hic, inquit, omnium durissimus, parricida & incestus, inter Deos relatus est, de quo etiam *Ravard. 2. var. 11.* Sed tamen adhuc scrupulum movet, quod cum Antonin iste 12 annis imperaverit ante Alexandrum, sub quo demum Ulpianus floruit, minus probabile aut verosimile est libros aliquos ante constitutionem istam Ant. ab Ulpiano scriptos fuisse. Et videamus, annon potius ita distingui possit, ut intersit, an delictũ commissum sit in dominum, cujus respectu statu liber pure servus habetur, & quidem tale, quod in speciem publici delicti non cadat: ut isto casu etiam post constitutionem Divi Pii puniatur ut servus per *d. l. 1. §. 3. si ii qui alii test. li.* 10. aliis casibus ex jure veteri quidem ut servum, sed ex constitutione Pii ut liberum puniri. & ita hæc subdistinctio erit quam male ut distinctionem primam proponit *Perren l. animad. 3. contra l. 29 de stat. liber.* quæ non de delictis in hæredem commissis, sed publicis, & publice coercendis tractat.

LIT. D.

Quæritur hic, an scriptitii liberi sint an servi, prius affirmat Tr. quia possidere & cum domino litigare possint, & sine prædio esse non possint. Atqui priora duo non satis bene probantur *argum. l. 2. C. in quibus cauf. col* aut utique non sunt generalia, *arg. l. 4. C de agr.* Posterius magis probare videtur eos esse servos, nisi ita explices, quod nõ possunt separatim vendi *l. 7. C. de agric.* Distinctio Cujacii magis impugnat Tr. quoniã si respectu domini servi sunt, utique servi erũt, quippe quod inde jus dominii in eos infertur, quo posito eos in cæteris omnibus liberos esse, nec consistere quidem potest; ut adeo distinctio illa, nec vera nec pulchra videatur. Servos esse confirmatur ex textibus *in l. 4 & 21. & ult. C. de agric. un. C. d. Colon. Thracens. l. 2. C. in quibus, cauf. col.* Possit plenius distingui, quod aut mancipia terræ adscripta sunt, & hi coloni omnino servi *l. 2. C. Th. sine censu vel rel. ..* aut non mancipia, & hi coloni rursum duplices, quod terra cui adscripti, vel domini erat vel ipsorum propria in quibus demum, non vero in illis recte dicitur, quod propriorum sint possessores, & ipsi pensiones fisco persolvant *d. l. 4. de agric.* Et igitur illi propius ad servos accedere videntur, non tamen plane, sicut alii servi, quibus etiam opponuntur *in N. 123 c. 17. inf.* quippe quod ex contractu constitui videntur *arg. l. 22. C. de agr* quod verosimile sit, egentes homines, quales id tempus ob crebras manumissiones, multi, ut victũ haberent, dominis fundorum ea lege operam addixisse, ut perpetuo ipsi liberique eorum coloni essent, quod cum ex usu Reipubl videretur, ut tanto melius & plenius tributa fisco inferrentur, conditio eorum hominum variis legibus probata & conformata fuit.

Quid de tabellariis. Negat se hos annumerare servis per *l. 3 C. de tabular.* Atqui secundum jus novum quod in *d. l. 3.* proponitur, inepta hæc quæstio & nulla dubitandi ratio est, cum ibi jus certum & expressum constitutum sit, ut ne servus tabularii munere fungi possit. Ergo dicendum est, tabularios hodie tantum liberos, olim servos fuisse, & quidem vere servos, adeo ut libertati officeret, tabularii munus egisse, *arg. l. 1. & ult. C. de serv. Reip. manum. l. 1. & 2. C. ne quis lib. invit.* In quo errant *Gl. & vulgo Dd. qui in §. cum autem I. d. adopt.* & alibi servum publicum dictũ putant, quod publicam operam præstando quasi serviret, quibus ignoscendum est, si leges Digest. ad constitutionem Cod explicare & accommodare voluerunt. Secundum quæ non video, quomodo à Tr. dissentire possint vulgo Dd. qui nec jure veteri tabularios servos esse existimarunt.

LIT. F.

In orbe Christiano reperiri non puto.) Ambigue hoc dicitur: quod aliud sit, Christianos non uti servis & non uti servis ejusdem religionis: neque enim dubium barbaros & veros hostes, velut Turcas, bello captos, recte mancipari servituti. De Christianis autem servituti non subjiciendis agunt *Alciat. ad l. 229. d. V. O. Bodin. 1 d. Republ. 5.* vel quia inter eos non justum bellum, velut olim inter Græcos *Plato 5. de Republic.* vel quia eandem fidem professus pro mancipio habendus non videbatur, suadente hoc lege

Dei

Dei. *Levit.* 25. v. 39 & jam olim Thracibus & vicinis populis receptum, capta spolia auferre, in servitutem non abducere *Niceph. Greg. lib* 4.

Servi tamen ut veteres illi non sunt.] Atquin magis & minus non variant speciem, & licet adeo non ea conditione qua veteres illi, serviant, servi tamen dici recte possunt, quod alias sequeretur, olim apud Germanos, Græcos, Hispanos & Parthos non fuisse servos, quoniam illi populi humanius servos tractabant, ut videre est apud *Cornel. Tacit. de morib. Germ. Athen. l.* 6. ubi Atheniis ob injuriã servo illatam actionem servo datã fuisse scribit *Bodin. l. 1. de Repub.* 5. *Iust. lib.* 4. Quin imo excedit dominus fines potestatis suæ, durius tractando servos: quippe meminisse debet eos homines esse, natura sibi æquales Sen. epist. 47. alimenta præbere Arist. 1. Oecon. Sen. 3 de benef. 21. eos recte educare & nutrire Athẽ. lib. 6. attrib. curare erudiri Sen. d. cap. 21. causa ipsis virtutũ esse, Arist. 1. polit. ult. conversatione sua & mensa nõ judicare indignos Sen. epist. 41. 46. 47. eos injurijs non afficere nec sine causa male mulctare Athen. d. lib. 6. Plat. 6 de legib. deniq; libertatem tanquam pro præmio illis proponere Arist. 7. polit. 10. & 1. Oecon. 5. Neque tamen pati debet ut insolescant, Athen. lib 6. neque cũ ijs miscere jocos Plat. 6. de LL. nimirum mediũ tenendũ, quia ut elegãter Arist. 2. pol δεῖ μὴ οἱ ὑβρίζωσι ἐν κακοπαθῶς ζῶντες ἐπιβουλεύωσι καὶ μισῶσι. Apud Choppin. nihil reperio, nisi calci lib. 3. annexam brevem summam Polonici Domanij, in qua nihil de Kmethonibus.

Hoc tamen & hodie.] In hoc nulla connexio, & repugnat præcedentibus, nisi verbo servorum & ancillarũ, pro mercenarijs hodiernis abutitur.

LIT. F.

Ad cognitionem tamen] cum etiam hodie, ut Tr. aliqua servitus in usu sit, consequenter disquisitio de servis, præter nudam cognitionem juris veteris, alias quoque utilitates habebit.

THESIS III.

LIT. A.

A servando.] Iam supra notavimus, istam non videri veram derivationẽ, quod & *Scalig. notab. in lib. 5. Varr. d. ling. Lat* ubi deducit Græca voce [illegible], quæ Ionice famulum significet *Hot. l. de iur. Pers.* ab asservando, alij à serviendo deducunt.

Longe alio sensu accipiendus Aristoteles.] Duplex hic error est, quod hanc naturalem servitutem dicit, cum recta ratio ab appetitu vincitur: quia imo secundum naturã est, ut appetitus pareat rationi. Secundo, quod disputationem Aristot. ad istam speciem restringit, cujus hæc aperta, nullo etiam interpretum, nec Sepulveda aut Camerario, qui male allegantur, dissentientibus sententia est, quosdam ingenio tardos & stupidos ei quasi fini à natura productos, ut præstantioribus serviant: idq; subjectione Oeconomica ceu ministeria animata, ad ministeria domestica expedienda, & tertius hic error est Tr. qui de subjectione politica Aristotelem censet explicandum. Et in hoc primarius & per se servorũ usus: sed ille ob potestatem & ius dominij latius fere productus, ad cujuscunque generis acquisitionem, ad operarũ locationem, ad comitatũ, pompam & quasi satellitium οἱ πλείους τοὺς πολλοὺς συμπεριόντας ἔχουσιν ὡς πλεῖστοι: *Ath. l.* 6. ex quo factũ, ut ditissimi quiq; quãplurimos sibi pararent servos etiam privati aliquot millia *Plin. lib* 33. *cap.* 10. quin imo teste Athen. *lib.* 6. μυρίους καὶ δισμυρίους.

LIT. B.

Venditione sui ipsius.] Frustra hic objicitur Læsio ultra dimidium: quo in pœnam eius authoritate legis, qui ex dolo suo lucrum captare & aliũ decipere voluit, hoc constitutum est: Et hic sc. ex jure civili modus est quo constituitur servitus: qualis & ex LL. XII. tab. addictio debitoris, qui nõ erat solvendo; *Quint. li.* 7. *c.* 3 & alius ex SCto Claud. *l. de success. sub.* ut tamen nihilominus servitus ad ius gentium recte referatur: quia per hoc primo constituta & introducta est, quomodo recte obligationes & contractus eidem juri adscribuntur.

At si fiat pœnam hanc non abrogat.] repugnat hoc verbis manifestis constitutionis in Nov. Leonis 59. & vel ideo non probandum, quod ita nullus illius constitutionis futurus esset effectus.

Sed an parentes vel consanguinei.] De consanguineis facile assentior Tr. neganti, sed de parentibus dissentio, & jus istud de eo qui sui juris est accipiendum existimo. Filiusfam. quidem recte contrahit, sed non eiusmodi contractum, quo se subducat potestati paternæ, neque ferendũ, ut pater ita facto filij iure suo, præsertim acquirendi per filiũ, fraudetur, cum præsertim ita emptor cum filio colludere, eumq; emptum statim manumittere possit; & sc. in præiudicium tertij cui jus potius quæsitum est, venditio illa valere non debet: quod mecum fatebitur, quicunque ius singulare parentum in liberos ex legibus & moribus Romanorum intelliget. Et ergo

D pater

pater filium ita venditum, poterit vindicare, *l.1. de rei vind.c.*

LIT. C.

Damnatione in metallum.] Non recte huc refertur servitus pœnæ, cui hoc loco & seqq. tradita, non conveniunt. Damnatio ad triremes, non nisi perpetua sit cum damnatione in metallum comparari poterit.

LIT. D.

Ingratitudo in patronum.] Veram puto hanc sententiam, quam adstruunt *Mercer.1.opin.9 Suerin. rep.lect.3 & expressus tex in l. 21.in pr. quod metus causa.* ubi ob ingratitudinem liberta de statu suo periclitatur: & quod ibi negatur restitutio, & ipsa hunc metum sibi fecisse dicitur, hunc sensū habet, quod ille metus non possit dici inferri facto patroni. quippe cui sine cognitione magistratus libertam in servitutem revocandi jus nō erat. Et ea adeo verba male Cujacius ad alienum sensum detorquet, & ICtum sibi contradicentem facit.

LIT. F.

Ante Antonini constitutionem.] Cum multis auctorum locis qui post Antoninum vixerunt, de jure isto disputetur, verius videtur, ab Antonino non jus istud sublatum, sed limitatum, & facultatem ademtam illud pro libitu exercendi & sine causa: quomodo & loquitur *Iustin. in §. 2. fi. de his qui sunt sui.* Neque obstabit *l. 5. de accusat.* quod illa vel ad casum, quo ordinario modo Dominus procedere cupit, vel ad delicta quæ dominum ipsum directo non offendunt, & in quibus servus deprehensus non est, referri debet, *argum.l qui servum 96.de V.O. cum similibus.* Addendum plane est ab Antonino istud aut renovatum aut constantius sancitum fuisse: siquidē Hadrianus quæstiones decrevit adversus dominos, qui sine causa servos occidissent, ut refert Spart. & Hadriano prior *Seneca 3. de benef. 22.* testatur, positum esse, qui de injurijs dominorū in servos audiat, qui sævitiam & libidinem cōpescat: plane summa licet illa etiam olim potestas, tanta non fuit, ut ea quasi membra servis cōstringi possent, quo minus ijs sicut liberi etiā contra se uti possent: quæ sententia est, *l.9.§.7. de pecul.* ex qua male Ægid. Hortens. jure civili cædem sui ipsius permissam esse colligit: & cui nihil obstat *l.13.in princ.ad l. Aquil* quæ præsertim ex rubro explicanda & applicāda est. Quoniam actio L. Aquil. datur domino proprio dicto, non ei cujus corpus læsum est.

An dominus subditos.] Hæc quæstio rectius sub disputatione præcedenti, quia subditi servi non sunt, proposita fuisset. Negativam speciali tractatu probat Bartol *de las casas.* in quo præcipue *§.12.conclus.3.§.13.& §.15.* principem vendentē jurisdictionem de qua scil. non de corporibus & personis subditorum, in quas nullum principi jus, hoc quæri intelligitur, mortaliter peccare docet. Quod tamen ex circumstantijs æstimandum esse negamus.

Probatur ista sententia à causa principis efficiente objecto & fine. Causa effectiva principū populus est, ut loquitur Bartolm. *§.4.notab. 2.n. 3.* quod propter virtutem aut benefacta populi ipsi initio principes sibi constituerent Herodo. *lib.1.* Iustin *lib.1.* & pluribus docet Aristot. *5. polit.* Officium & finis est, gubernare subditos, omniaque ad ipsorum & publicum bonum dirigere, quæ omnium sanorum polit. sententia est, quam sequitur *Vasq.1.ill.quæst.1.nu.25.* Hinc custodes, pastores, patres, dicuntur principes: à quibus omnibus cōsiderationibus alienum est, subditos non consentientes alterius imperio & jurisdictioni subijcere, quo pertinet prolixa disputat. *Zoan.d.Imp.Rom.n.150 & seq.* Imperatori quidquam de Imperio alienare, jus nō esse. *Petr. Heig.1 quæst 19. Prueman.d.Regal p.1.§ soluta pot. c.4. membr.2.eff.6. Bodin.1.de rep.9.Vasq 1 cōtr. ill. 4. Ant. Peregr.l. de iure fisc. lib.1.rub. Habentes iura fisc.n.74. Rol.à Vall vol.1.cons 2.n.96 Menoch.2.d. arbitr. cap.559.* Quæ in genere dixisse sufficiat: quia si ad hypothesin descendas, modus acquisiti imperij, qualitas subditorum, & usu moribusque firmatum principum jus, & alia id genus in considerationem venient: quod plerique principum, ob continuatam successionem, & sibi & subditis persuaserunt pleniorem & magis absolutam potestatem.

Item huc reduci potest.] Imo quomodo huc reducatur, nihil apparet: cæteroquin vera sententia est, quod principes crebrius ita collectātes præter officium faciunt: cum principes ideo reditus certos habeant, vel etiam tributa à subditis ut hi ab aliis vexationibus sint immunes exigant. Quod de iure scripto subsistere hoc posse negat, jejuna videtur ratio quia quæcunq; aut subditos præstare, aut principibus præsertim extra ordinē exigere ius est, jure scripto expressa non sunt. Neque jure scripto aut more principum Romanorum juri principū per se cōsiderato terminus aut modus statui potest. Equidem principes jus collectandi procul dubio habent Rosenth. *d.feud.concl.54.c.5. Schrad.d.feud.p.10.*

sect.

sect.1.n.22.& 31.Knip.d.territor.iur.c.1.n.300. Paurmeist.*2.d.Iurisd.c.10.num.40* sed collectas etiam quæ vocantur ordinariæ non nisi cum consensu subditorum exigere debent. Petr.Heig.*quæst.18. nu.6 p.1.* Frider Mindan.*libr.2.c.45.nu. 4.* Warmund.ab Ehrbera *in verisim.c.7.nu.15.* Bodin.*6.d. republ.* Parlador.*lib.1 rer.quotid.c.3.*

LIT. G.

Hoc est nihil interest.] Explicatio ista non mala quidem, sed imperfecta est: quia cum ista propositio, quasi ex adverso opponatur alteri, quod in conditione liberorum multæ sunt differentiæ, ex Tr. explicatione intelligo, quare diversa sit libertinorum & ingenuorum, sed non quare porro libertinorum, qui iridem liberi facti sunt, diversa sit conditio: & tamē propositio illa simpliciter universæ liberorum conditioni opponitur. Ergo adæquata ratio est & explicatio, quod servi omnes qua ad Dominum relati, æquali jure sunt, domini par in omnes jus & potestas, & si qua distinctio, ea mere accidentalis & temporalis est, & à voluntate nutu & arbitrio domini dependet.

Quales sunt plerique nostri famuli. Male famulos hodiernos, bona fide serviētes liberos homines appellat: qui tales in usu juris vocantur, quos aliquis bona fide pro servis possidet, neque bona fides ad servientes, sed dominantes refertur: & longe diversa conditio est servitutis quatenus statum significat, & quatenus aliquem ex contractu conductionis ad tempus ad ministeria domestica expedienda obligat, quin ista nec servitus appellanda est.

THESIS IV.

LIT. B.

Cum antiquis libertinis dedititiis] Non video cur rusticos, de quibus hic agit comparet libertinis dedititijs, ac non potius simpliciter dedititijs: siquidem horum similitudine libertini infimi generis nomen fuerunt sortiti. Cætera de operis prolixè hic tradita nihil moror.

LIT. C.

Hodie ingenuos facit.] Et ergo hodie etiam de liberis rectè dicemus, in eorum conditione nullam esse differentiam: quippe & distinctione libertorum inter se, & porro libertinorum & ingenuorum sublata.

Itaque l.17 intelligenda est.]Hoc quidem vulgo habetur liquidum sed scrupulum mihi movet, quod utique cum constitutio Antonini ad omnes cives provinciales pertinuerit, consequenter etiam, quosdam libertini ordinis, qui civitatum suarum in provincijs cives fuerunt, ex illa constitutione cives Romanos effectos esse consequitur. Quod si diversitatem illam libertinorum tantum Romæ quis obtinuisse putaverit, quod & apud Vlpianum & Cajum tantum civium Romanorum & legum Iuliæ Norbanæ & Æliæ Sentiæ mentio fiat, quæ fortassis, sicut aliæ leges, urbis Romanæ mœnibus fere fuerint conclusæ, adhuc minus verum erit, legem Antonini ad ingenuos tantum provinciales pertinuisse. Hic tamen notandum constitutione illa Antonini, non plenum & integrum jus civitatis Romanæ, quale qui urbem Romam habitabant, concessum & collatum fuisse. Erant enim quidam optimo, quidam minori & deteriori jure cives, velut sæpe apud Livium legimus quibusdam sine suffragio jus civitatis datum fuisse, de quo late Sigon. *de antiq. iur. civ. Rom.*

LIT. D.

Et quidem modis variis.] Diversa libertorum conditio, depēdet tum à manumittendi modis, tum à personis, & his tum manumittentibus tū manumissis, quoniam non quivis dominus, nec quivis servus, nec quivis modus ad libertatē pleno jure quiritium deducere & deduci poterat, velut videre est ex tit. *1 d. libert. inf. Paulo 4. sent. 12 & utrobique Cuiac. Vlp tit.1. & seq Caio 1. Inst.1. Theoph. hic §. ult. Instit. de success. libertorum l. Arist. d. fideic. lib.*

LIT. E.

Etiam apud legatum proconsulis.]Nota hic pugnat inter *l.1. in fi. iunct. l.3. de offic. proc. & l. 17. de manumiss. vind* quos textus Tr. sequutus Char. *1. vers 3* Hotrom & Duar. quos tamē hoc primum docuit Gl conciliat distinctione temporū, ante vel post ingressum in provinciam. Verum nulla de isto videtur fuisse dubitandi ratio, cum ante nec mandari potuerit legato jurisdictio, *l 4. inf. de offic. proc.* & verbum *talem*, quo utitur ICtus, satis arguit, legato tantum competere iurisdictionem contentiosam: & de eo qui nullam haber, inepre dicitur, non habere *talem*: nisi illud verbum, comparate dictum accipias ad jus ipsius proconsulis, qui statim egressus portam Romæ, imperium & voluntariam jurisdictionem habet, *& l.2. in pr. Dio. libr 53.*

Plane verisimile non est, Vlpianum simpliciter negaturum fuisse legato legis actionē, siquidem post ingressum in provinciam & mandatū proconsulis eam ipsi competere existimasset. Et sui ipsius oblitus est Tr. qui *thes. 8 lit. a.* hac

ipsa disput. apud legatū pro consulis adoptari nō posse, probat ex *d l 3. d offic proconsf.* quæ si cū ipso, hoc loco ad casum quo nondum provinciam ingressus est, restringatur, probatio illa nulla plane futura est. Robert adhuc improbabilius ita textus cōtrarios explicat, ut legatus nomine proprio nō habeat legis actionem, sed post mandatā iurisdictionem habeat, quæ itidē explicatio est apud Accurs. *Alberic. Gentil. Dialog 6 & 1. epist 9.* in manumissione per vindictam speciale fuisse existimat, sed rationē specialitatis nō satis exponit Porro rationes quibus Tr ius illud legato vult asserere, parum aut nihil urgeor. I. quia hic non quæritur an & quid mandari possit, sed an iure mādatæ iurisdictionis generalis hoc legato competat; quod recte negatur, & mandatū illud ad contentiosam iurisdictionē refertur II. quia an aliquid mandari possit, non ex eo judicandū est, an res sit magni momenti, sed an natura sua sit delegabilis. *arg. l. 21 de manum. vind.* ubi specialiter dicitur concessum præfecto Ægypti, ut apud eum manumitti possit III. quia ut quid mandari possit, nō satis est, ab alio hoc expediri posse, quod ita etiam imperium merū & omnia specialiter concessa recte mandarentur. IV. nulla est probatio ex *l 1. & 4. d. damn. inf.* quia & mandatum ibi speciale est & ejus rei quæ natura sua mandari potest.

Ea quoque quæ à lege mortua] Excutienda hæc distinctio est, quæ à lege mortua quæ dantur, mandari, quæ a lege viva non mandari posse affirmat. Equidem lex recte dicitur magistratus mortuus non item magistratus, lex viva, nisi eū non ut ministrum legis, sed ut libere imperantem, & jus dicentem cōsideras; quod nonnisi de summo principe dici potest. Cæterum ut de hoc accipiatur quod tamen verba *à Principe vel lege viva*, vix admittunt, nō recte negatur, quicquid à principe datur mandari posse: vel quia iudex à principe datus subdelegare potest *l. 5 C. de iud.* vel quia princeps iurisdictionem dat omnibus magistratibus, quam hi mandare possunt: vt adeo verum non sit, nudum ministerium à principe concedi: quando ex veriori sententia Azonis, quam ipse sequitur *disp. seq.* nec concessione Imperij meri nudum ministerium & exercitiū concessum intelligitur. Alterum quoque membrum in vitio est, quia cum lex mortua nihil aliud esse possit, quam cōstitutio & sanctio scripta, quod tamen parum commode dicitur, quæ tamen ista specialiter concessa sunt, mandari nō possunt *l. 1 in pr. de offic eius &c.* Et ergo an aliquid mandari possit nec ne, non definiendū est ex causa efficiente, an sit à lege viva vel mortua, sed à qualitate rei commissæ, & forma modoque commissionis, an sit specialis an generalis.

Porro cum ad probandam sententiam suam, quod apud legatum proconsulis possit manumitti Tr hac ratione utatur, quod mandari possint, quæ dantur à lege mortua, poterunt consequenter ex ipsius sententia mandari legis actiones Quod ego verum non existimo, verbo sc. legis actionum ex usu iuris nostri sumpto. De quibus, ut in re obscura, hac coniectura utor, ut existimem, omnes actiones civiles antiquitus legis actiones dictas fuisse. *l. 2. §. 6. de O. I.* easque ita comparatas, ut neque per procuratorem *inp. I de his per quos agere poss.* neque apud alium, quam magistratum ordinariū nulla tum facultate mādandi vel delegandi institui possent. Postquam autem ut per alium ageretur receptum fuit, simul etiam sensim obtinuisse videtur, vt jurisdictionem mandare liceret. Remanserunt autem aliqui actus sub antiqui iuris dispositione, magis personam afficientes, qui nec procuratorem ex parte privatorum *l 24. & 25 §. 1 de adopt* nec mandatum ex parte magistratus admitterēt, qui etiam cum qualitate legis actionum antiqua, etiam nomen istud sibi proprium fecerunt. De quibus explico *l. 123 d. R. I.* qua negatur alieno nomine lege agere posse: & se lege agere & ad privatum & ad magistratum ipsum in usu juris referri solet: neque enim admitti potest, quod quidam tenent, ut de jure Casco & eo tempore plane abolito Vlpian. respondisse existimetur.. Qui autem & rem ipsam & nomen hoc sibi fecerunt proprium, videntur esse actus iurisdictionis volūtariæ, de quibus cum agitur legis actionum mentionem fieri videas velut *in l. 2. & 3. de offic proconsul, l 1. d. offic. iuridic. l 4. d. adopt l. 1. C. eod* Hinc est quod magistratus paris aut minoris hac in re iurisdiction. (quod in contentiosa secus *l. est receptum d. iurisdiction.*) prorogari non poterat. *l. 14. de manum. vind.* Ex quibus etiam apparet non apud quemcunque magistratum, apud quem tamen procul dubio iudicio agi poterat, legis actiones exerceri potuisse: adeoque propter illam specialem, qualitatem & naturam, legis actiones jis quæ specialiter concederētur, annumeratas, & ab his, quæ iure magistratus competere dicebantur remotas fuisse: quod præter allegatos textus firmatur ex *l. 21 de manum vind.* ut etiam hinc videri possint præcipue legis actiones dictæ, vel etiam, quia totæ à lege

à lege pendebant & à lege erant, ut putat *Scip. Gent. 1. de iurisd. cap ult.*

THESIS V.

LIT. A.

Fit tamen id æquivoce.] Siquidem potestatem patriam ex iure antiquiori reperas. facile prædicationem univocam defendes, de quo iure *Halicarn. lib. 2. Ravard. ad LL. XII. tab. cap. 3. Bodin. de rep. 4.* Et alias etiam duplex ratio Tr nihil cōcludit I. quod potestas dominica sit potius dominium: quia consideratio servorum qua res sunt, ab ea qua personæ dicuntur : omnino est separata: iuxta illam in domino, iuxta hanc in potestate dicuntur. II quod filiusfa. in publicis causis & c quin hæc ratio, Tr. oppugnat, siquidem munerum illorum nisi prius detracta filijfam persona, capax esse non potuit.

LIT. B.

Cur non & matris] Non videtur satis bona ratio, à familia desumpta, cum præsertim hodie quibusdam modis citra mutationem familiæ filius liberetur potestate. Ratio verior est, quod etiam ex iure gentium maritus est caput familiæ qui licet diverso Imperij genere, ut docet Aristot. 1. polit. imperat uxori liberis & servis. Accedit quod in viro principium est generationis & consilij, de quo etiam *Alberic. Gentilis 4. d. nupt cap. 1.* Et cum igitur ex parte causa reverentiæ sit subiectio, fortassis non adeo absurdū fuerit dicere, non eandem, gradu & qualitate patri & matri deberi reverentiam, quandoquidem in nuptiis quoque contrahendis, patris non matris consensus necessarius est.

LIT. C.

Moribus recepta.] De hoc actum disp. *praced. th. 9. lit. g.*

LIT D.

Etsi contrarium statuat] Hoc ex l. 18 non recte colligi, & ex fragmentis citatis nihil solidi probari potest.

LIT. E.

De partu septimestri res dubia non est: sed quod Tr. subiicit. de partu octimestri minus dubitandum & connexionem nullam habet, quod hac in re à numero dierū vel mensium argumētari non licet, & iudicio medicorū falsū est, quorum hæc constans sententia. octavo mense partum vitalem & perfectum non nasci : quod & ipse Boerius allegatus scribit, & magis firmatur ex ijs, quæ notat *Gothofr ad l. 12. h. t. & Gellius 3. noct. Attic 16.* Alia quæstio est an hic partus testamentum rumpat: quod per ampliationem affirmat Tr. *imo etiam dicendum, &c.* parum subtiliter, quia præsupposito partum esse vitalem, nulla dubitandi ratio est. quin rumpat testamētum: imo hoc facilius est, postquam constituit *Iustin. l. 3. C. de posth. hered.* rumpi testamentum, si partus saltem ediderit vocem, licet statim corruerit: secundum quæ etiam Boerius censet, octimestrem partum, licet vivere non possit, tamen rumpere testamentum, in cuius sententiā vel ideo proclivior sum, quod certo, & exacte ab octavo conceptionis mense quem natum esse, vix constare potest; quod & notat *Hott. 5. obs. 9.* cæteroquin eiusmodi partus, qui per rerum naturam vivere nequit, pro abortivo haberi possit. Adde tamen Clarum §. *testamentum quæst. 45. n. 3.*

LIT. F.

Nisi fortè sub initium undecimi mensis.] Limitatio videtur nulla, cum hic non possit dici natus mense decimo, de quo in thesi tractatur. Cæterum legislatores de eo quod regulariter accidit disponere solent: & referuntur alias ab autoribus exempla fœminarum, quæ undecim aut duodecim mensibus, gesserint uterum.

Vtrum pater.] Quæstio hinc plane aliena hic tractanda non est.

In dubio partus secundi mariti.] Non exiguus huius quæstionis effectus, propter successionis ius, in quo etiam interesse matris ratione ususfructus possit versari. Sententiæ quam post Imolam, referente Grasso, ubi etiam variæ distinctiones, Tr. probat non sufficiens apparet ratio: & si ponas virum priorem circa tempus mortis ad generandum habilem fuisse, ita ut tempora conceptionis & partionis congruere possint, nihil prohibere videtur, quo minus prioris mariti partus debeat haberi: de quo *vide allegatos à Tiraq in l 7. connub nu. 52.* Ubi quorundam hanc sententiam refert, ut eius sit partus, quem facie magis refert, Adde Boer *decis. 168. n. 3. inf.*

LIT. H.

Nec obstat l. ult. de collat.] Non videtur inter hos textus ulla esse pugna & Tr. responsio, *quia ubi una persona* &c. aut nulla aut valde obscura est Bart. ideo id fieri respondet, quod posthumus non possit, dici in potestate parentis: quæ quidem ipsius ICti ratio, sed minus sufficiens est. Et dixerim potius, cum fictione sola iuris posthumus quibusdam casibus pro nato habeatur, ius autem non fingat nisi in casu necessitatis, nullā necessitatem occurrere, cum sufficiat

 post-

posthumo, si interim sit in possessione bonorum, ne ullum ex dilatione in tempus nativitatis sentiat incommodum: cum præsertim fieri possit ut posthumum non nascatur, & mulier abortum faciat: cum etiam collatio tribuat actualem possessionem, quæ in nondum natum transferri nequit

THESIS VI.

LIT. A.

LEgitimatio est legis actio. [Ut hoc admittam in oblatione curiæ & rescripto principis, ita dubito an verum sit in legitimatione per subsequens matrimonium: quod lex hunc effectum semel & in genere dedit matrimonio, quod simplici cõsensu citra solennia & interventum ullius magistratus contrahitur, de quo pluib. infra *part. 2. disp. 6. th. 7. lit. a.*

Itaque lex qua ex iusto matrimonio.] Non pauca hic desidero. I. quod adscribit legi, ut liberi ex iusto matrimonio legitimi sint. si quidem matrimonium non ex civili, sed gentium, imo divino jure est; eoq; II. non placet exæquatio & comparatio, quod ead. ratione lex ex concubina natum legitimum facere potuerit. Neq; moveor adductis Novellis quibus ipse Iustin. natura omnes liberos æquales, nullamq; naturalium & legitimorum differentiam fuisse affirmat. Ille quidem suæ causæ inserviens, & speciosum prætextum novæ legi quærens ita disputat: sed fortassis repugnante, quam dixi, ratione, quod matrimonium ex iure gentiũ sit, & q; alias ex sentẽtia, Iust. sequeretur, illud manifesto absurdũ & falsum, quod iure gentium coniunctio maritalis & matrimonialis è concubitu vago aut cõiunctione concubinaria, nihil differret.

LIT. B

Quam uxorem habere licuisset.] Hoc paulo generalius dicitur: siquidem & scortum uxorem ducere licet, & tamen licet hic de patre constat, & ipse se patrem fateatur, legitimationi locus non est.

LIT C.

Consentientes] Quos ipse in hac quæstione & Fachin. pro dissentientibus adducunt, de iure canonico hoc statuunt, quoniam de iure civili textus ad hoc expressus in *Nov. 89. cap. 11.* & quidem dissentiunt non simpliciter, sed in specie legitimationis per subsequens matrimoniũ. Et duplex ratio pro ista sententia facit, tum q; legitimatio sit effectus matrimonij, tum præcipue quod ex vulgata sententia, legitimatio hæc fiat per fictionem iuris ut matrimoniũ retrotrahatur ad tempus nativitatis: qua fictione admissa, non requiretur necessario consensus liberorũ.

LIT. D.

Postea id ratum habentes] Cum constitutio *Nov. 89. cap. 11.* in specie huius legitimationis per matrimonium, paulo videatur à ratione alienior, vix putatim eam extendendam, ut etiam postea liberis dissentire liceat. Plane videtur hæc quæstio considerata ad ius nostrum, non magni esse usus: quippe cum hodie non adeo magnus sit patriæ potestatis effectus, & itidem hodie damnato cõcubinatu, omnes extra matrimonium nati pro spurijs habeantur, vix repetietur quis ita mentis inops ut spurius potiꝰ manere, quam se legitimari velit.

LIT. E.

Hic comparent eos, qui religionis causa, &c.] Sententiam illorum, quos oblationi curiæ ingressũ monasterij comparari ait lit. e male accepit & male simpliciter proposuit Tr. siquidem ut apparet ex Hartmanno allegato 2. *miscel. obs ult.* quoad hoc saltem fit comparatio & ad unum effectum, ut postea promoveantur ad sacros ordines, minime autem quoad effectum patriæ potestatis, de quo hoc loco quæritur, cum hæc potius ingressu monasterij solvatur.

LIT. F.

Adeoque & in Emphyteusi civili. Particula, *adeo*, efficit, ut maior in Emphyteusi civili debeat esse dubitandi ratio. Quod contra est, quod facilius est ut in civili, quam in Ecclesiastica succedatur ut suspicari liceat errorem typographi, cũ Portius allegatus, de Ecclesiastica quosdam dissentientes alleget. Verum cum ex iure canonico omne vitium purgetur, merito etiam in hac emphyteusis specie succedent: quod secus est in legitimato per rescriptũ, qui in hac emphyteusis specie nõ succedit, *ut not. post Dd. G. 2. ob. 140. n. 9.*

Et in feudis succedunt.] Sententia hæc duplici ratione fulcitur. Primo quod matrimonium purget omnia vitia præcedentia. ca. tanta, qui filij sint legitimi. Secundo quod fictione iuris retrotrahatur matrimonium ad tempus nativitatis ut ab initio & retro liberi & semper legitimi fuisse videantur. Verũ respondeti potest ad primum, quod illa purgatio non sit vera, sed ficta, & licet vulgo dicatur, quod fictio tantum operetur in casu ficto, quantum veritas in casu vero, id tamen non simpliciter sed secundum quid accipiendum est. & ratione effectuum illius iuris, à quo fictio est: at qui fictio ista est à iure civili, nõ iure feudali, in quo textus generalis *in §. naturales, lib. 2. tit. 26.* qui licet indefinite loquatur, vulgatum tamẽ est, q; indefinita æquipolleat univer-

niversali: utique indefinitã propositionem ad unam speciem restringere, duriusculum videtur, cum præsertim verba *d.§.nec soli nec cum aliis*, legitimatis per rescriptum minus conveniant, quod alijs extantibus legitimatio ista non habeat locum, nisi restringas ad illos, qui post legitimationem ex matrimonio nati sunt, vel etiam illis temporibus, alijs quoque liberis extantibus, legitimationi per rescriptum, quoad quosdam effectus, locum fuisse dicas: quæ tamen & similia simplicitati textus non conveniunt. Et omnino si rem ipsam exputamus fictio ista veritati derogari non potest, neque efficere, quo minus isti liberi fuerint naturales, ut nõ immerito Baldus semper hic aliquam cicatricẽ superesse dixerit. Et quidem aut disputamus ex iure feudali, & hoc non distinguit: aut ex iure civili, & hoc, legitimatio per rescriptum tantum operari videtur quantum quæ fit per matrimoniũ, cum faciat suos, in potestate, & nihil à legitimis differentes, *N.74.c.1.& 2.N.89.c.9.* Et notandum quod legitimatio per matrimonium nõ fit sola matrimonij potestate, sed magis authoritate & assistentia legis, quæ illi hunc effectum dedit: siquidem iure veteri nulla talis fuit legitimatio, & adhuc ante Iustin. huic quoq; legitimationis fines angustiores præscripti fuerunt, ex quibus nõ difficulter secunda etiam ratio removetur, accedente & hoc quod illa retrotractionis fictio nõ est absoluta, quandoquidẽ, ut paulo ante dictum ex *N.89.c.11.* non nisi consentientes liberi legitimantur. Eoque minus recte a quibusdam captatur verbum, *postea* in *d.c.naturales*, quasi ita legitimati ab initio legitime nati videãtur: quia ut diximus, fictio ista non operatur absolute, neque utique ea veritatẽ rerum tollere potest, aut efficere, quo minus vere dicatur liberos istos ab initio naturales fuisse: neque aut probabile aut verosimile est, quod subtilis ista consideratio, collectori consuetudinum feudalium venerit in mentem.

Etiam absque dotalibus instrumentis.] Veram puto hanc sententiam. I. Quod sine dotalibus instrumentis consistant nuptiæ, quarum legitimatio effectus, qui adeo ponetur posita causa. II. quia cum in istis instrumentis non sit necesse facere mentionẽ liberorum, nihil etiã illa ad hos legitimandos operabuntur. III. Quia alias nõ possent legitimari liberi, nati ex cõcubina paupere, quæ dotẽ dare nequeat: neq; enim hic per instrumẽta dotalia intelligere possis, quæcunque super aliquo capite confecta instrumenta: quæ etiam alias ad legitimationis essentiã requiri fuerit perabsurdum. IV. Facit, q in legibus antiquis Zenonis & Anastasii *in l.5.C.d. natural.lib.* nulla instrumentorum dotalium fit mentio. Cæterum ratio qua sola post Cuiac. Tr. utitur ex *N.117.* ex qua probari videtur, quod sola nominatione legitimentur liberi, nullius est momenti: quoniam nominatio in illa specie non ex se eum effectum producit, sed quatenus præsumtionẽ inducit pro matrimonio: idq; inde apparet, quod ob unius nominationem omnes liberi legitimi habentur: adeoque in casu certo, ubi concubinam esse constat constitutioni illi locus non erit. Non obstant huic sententiæ varij textus quibus instrumẽta dotalia requirũtur velut in *N.12.c.4.N.18 ult.N.74.in pr. N.89.c.8. & 11.§.ult.l.d.nupt.* ubi duo ponuntur ablativi absoluti: quia respondetur. I. Quod illis locis signum videatur poni pro re signata: quia cum frequens esset, instrumenta dotalia conficere, inde factum vero simile est, ut eiusmodi instrumentorum confectio pro nuptiarum celebratione poneretur cuiusmodi loquendi formulæ occurrunt in *l.11.in pr.C.d.natur.liber. N.12.c.4.N.89.in pr.& c.11.N.18.c.ult.* II. Quod illis locis non ad essentiam legitimationis, sed probationis causa instrumenta requirantur quod cum illo seculo citra alias solẽnitates solo affectu nuptiæ cõtraherentur. *N.117 c.4.* ut de mutata affectione concubinaria in maritalẽ constaret, instrumentorum hæc solennitas præcipue utilis visa fuit. Quod si igitur ponas, alia ratione æque cõmode aut commodius hoc probari posse, etiam ex ratione iuris civilis, instrumenta præcise necessaria esse negabo. Eaque gratia alijs quibusdam casibus dotalia instrumenta desiderasse videtur Iustin. velut in *N.74.c.4.N.78 c.3.N.117 c.4.l.22.cum l.seq.C.de nupt.* Et ergo omnino errat *Vasquius quæst.1.n.1.* ubi legitimatum sine dotalib' instrumẽtis in terris imperij succedere negat.

Si matrimonium saltem tempore nativitatis.] Sẽtentiam istam ita generaliter positam admittẽdam non puto. Fingamus mulierem alteri nuptã ex adulterino concubitu concepisse, maritum, antequam partus ederetur, defunctum: ex sententia Tr. per nuptias adulteri cum adultera partus legitimabitur. Quod licet admittat *Ioh. Faber in §.ult.I.nupt num.3* falsum existimo: vel quia legitimatio fit per fictionem retrotractionis ad tẽpus conceptionis, q alias macula, quæ est in conceptis ante nuptias, perfecte elui non posset: & fictio offendere debet extrema habilia: vel

vel quia obiectum legitimationis tantum sunt liberi naturales ex concubina nati, non Spurii, etiamsi quis patrem se fateatur, multo minus adulterini, quibus etiam ex *N.89.c.ult* nulla ut Iustin. loquitur, impertienda est clementia, & quod passim requiritur, ut uxor esse possit, cum qua pater consuetudinem habuit, procul dubio ad tẽpus ipsius cõsuetudinis referendũ est & amplius legitimandi ius novum & fictione subnixum, non temere extendi debet. Sed duo obiiciuntur I. Quod Iustin. hac in re vult spectari tempus quod partui est utilius *l. nuper C. de natural lib. N.39.c.8.* Res. ponendos esse terminos habiles de quibus ibi tantum agitur, videlicet de concubina, & eiusmodi muliere, ad quam legitima consuetudo esse poterat (*verbo præteriti temporis*) & hoc traditur sive quis concubinã iam enixam, sive gravidam ducat, legitimationem sequi. II. Obiicitur *l.5.d stat.hom.* ubi tempus nativitatis inspicitur. Res. à diversis nihil concludi, & aliud esse cum quæritur an partus liber an servus, aliud, an legitimabilis sit. 2. Id specialiter statutum favore libertatis. 3. Nihil inde ad hunc casum recte inferri posse: quoniam id saltem ex *d.l.5.* colligitur, inspice conditionem & statum matris, qui fuit tempore nativitatis: istud etiamsi huc accommodemus, nihil proderit liberis, quia æque nativitatis ac conceptionis tempore mater adultera est: eoq; committitur fallacia diversæ quæstionis. Quod si quis ita inferat, si ut partus liber sit, sufficit matrem tempore nativitatis liberam fuisse, ergo etiam ut legitimatio fiat, sufficiet matrem tempore nativitatis in uxorem duci potuisse: negabo consequentiam, quia illic hoc unum sufficit, & nullum vitium est, hic autem unum hoc non sufficit, & obstat vitium adulterii & delictum quod intervenit tempore conceptionis, ubi ridiculum se præbet *Fachin.3. controv.* 50. dum nihil habet quod istis reponat præter verba Iust. supra adducta & male intellecta. Quod si quis ita concludat: sine partus servus sit, satis est, matrem non fuisse servam tempore nativitatis: licet serva fuerit tempore conceptionis: ergo etiã ne partus adulterinus sit, sufficit matrem non esse adulteram tempore nativitatis, licet fuerit tempore conceptionis, totum argumentum concedam, atqui fieri nequit, ut quæ semel adultera fuit quocunque casu esse desinat servitus autem tantum est externa, quæ manumissione omnino evanescit. Et hæc eadem obtinebunt in partu ex stupro, V. G. ex marito & soluta, concepto & edito. Cæterum si quæstio ad thesin revocetur, distinguendum videatur, an tempore conceptionis impedimentum aliquod iuris divini, naturæ vel gentium obstiterit matrimonio an tantum iuris civilis, quo posteriori casu favorabiliter admiserim legitimationem, ves bi causa filius emancipatus sororem adoptativam ducere potest, curator adultam suam finita cura & rationibus redditis, potest; quibus & similibus casibus partus impedimento stante conceptus, postea autem natus, nuptiis secutis legitimari potest. Et quamvis ex ratione iuris civilis hic quoque stuprum commissum fuerit, attamẽ quia iuxta mores hodiernos, illicito plane concubinatu, nulli revera naturales sunt, sed omnis concubitus extra matrimonium pro stupro habetur, idem aut legitimationis usus, quod absurdum fuerit, plane tollendus est, aut concubinæ verbum latius hodie usurpandum,

LIT. G.

Vel ab ipso principe & solo &c.] Minus bene hæc Tr. Quia cum dicimus solum principem aliquid posse, excludimus magistratus inferiores, non quibus in specie hoc princeps mandat. Et existimo, quod etiam in Gallia rex aliquando facultatem illam mandet, & qui mandare possit, dubitari non debet; nisi forte Tr. loquitur comparative ad mores Germaniæ, quibus sc. Imperator non unum aliquem actum, sed in genere ius legitimandi comitibus Palatinis, demandare solet. II. quia non tantum comitibus Palatinis, sed etiam aliis, veluti si de uno actu quæratur, facultatem illam imperator demandare potest.

Per rationem th.4.lit e.] Eam rationem ibidẽ examinavimus: cæterum vera ratio est à qualitate rei, quæ per se non delegabilis, & ad reservata principis pertinet.

Naturales à se ipsis.] Dubia hæc sententia redditur ex eo, quod actus iurisdictionis voluntariæ, quibus legitimatio similis, in propriis verbi causa liberis & servis exerceri possunt *l. 4. de adopt. l. un §.2 de offic. consul. l. 5. d. manumiss. vind.* Et Geil. alleg. de priori quæstione tractat, an comites Palatini subdelegare possint.

Cæterum quod Accursius.] Nata hæc opinio ex ignorantia veteris reipubl. & quod Accurs. curiam de aula principis intellexit.

Quid autem an legitimatus.] De hoc tractatur th. seq. lit. d.

Etiam ex damnato coitu natos.] Distingui hac in re

in re oportet inter legitimationem proprie ita dictam & dispensationem; quæ duo nō male distinguit *Gail.2.observ.142.* in liberis istis dispensatio admitti potest, sed non legitimatio, eoque Tr. male sequitur Fachineum qui etiam legitimationi locum facit; ex hac unica ratione, quod natura omnes liberi sint æquales, & nulla legitimorum & illegitimorum differentia. Verum hoc ipsum manifesto falsum est, siquidem iure gentium, imo iure naturæ incestus & adulteria damnantur, quod præter *l. ultim. d. rit. nuptiar.* omnium Theologorum & Philosophorum cōsentienti opinione probatur. Et quod à Iustin. *in N 47.cap.1.& N.89 cap.9.* pro sententia Fachinei scriptum videtur, ad illud iam supra respondimus, & ad terminos habiles referendum est, videlicet concubinas, quæ cum ex ratione iuris civilis sola affectione ab uxoribus distingui dicantur, quasi naturaliter uxores videri possunt. Et refutatur Fachin & Tr. sententia ex eo, quod obiectum legitimationis tantum sunt liberi naturales, nati ex fœmina quæ potuit esse uxor, secundum quod passim, ubicunque de legitimatione agitur, traditur; atquin hi liberi ex damnato coitu nati nec alendi nec ulla clementia digni sunt *N.89.c ult.* & ex tribus casibus, quib' hāc legitimationem admittunt *N.74.& 89.* nullus hic locū sibi vindicare potest; facit quod legitimati per rescriptum legitimis æquantur *N 89.c. 9 §.1.* Neque obstat *d.c.in pr.* quia intelligendum ibi est peccatum ipsius fœminæ, quæ cum alio est fornicata *arg. N.74.in pr.§.1 in fin* quamvis si prohibitio nuptiarum mere sit iuris civilis, legitimationi non invitus locum fecerim, cæterum de differentia inter legitimationem & dispensationem, vide etiam *Castrens.in l.1.§.* si filiusfam. ad SCtum Macedon n.7

Alterius tamen subditum.] Triplex hic quæstio formari potest. 1. an princeps subditum suum legitimare possit in alieno territorio, quod omnino affirmandum, quod hic actus iurisdictionis est voluntariæ, qui quocunque loco exerceri potest, *l emancip.36 ubi id not. Bl. d. adopt.* II. an si princeps sive in suo sive in alieno territorio legitimaverit subditum suum, an hic ubique & in bonis alibi quoq; sitis succedat; quod itidem affirmandum, quod ex quo princeps iure suo & rite legitimavit, etiam legitimatus pro filio haberi debet. 3. an princeps alterius subditum, ita ut ubique succedat, legitimare possit: quod magis est, ut cum Tr. sit negandum: quod ita alias quodāmodo præiudicium fieret principi alterius territorij, qui ipso subditū suū legitimare potuisset, & quod nō legitimavit, iustas præsumitur habuisse causas, de quib' nec cognoscere nec dispēsare princeps alius potuit per notata *Rol. à Vall.1.cō.88.n.22 & 33.* quamvis sane in casu legitimationis ordinariæ quæ fit voluntate patris contrarium defendi possit, arg. boni textus in *l. 1.C.de emanci.* & habet hoc vicem quandā prorogationis.

THESIS VII.

LIT. A.

Affirmat hic, quod nepos etiā per subsequens matrimonium avi defuncto patre fiat legitimus. Casus nimirum hic est: sustulit quis filium ex concubina, qui filius cum ex uxore legitima vel ex alia cōcubina filium sustulisset, moritur: avus postea concubinam ducit in uxorem: quæritur an nepos fiat legitimus, ita videlicet ut priori casu, quo nepos est legitimus ad hunc effectum, ut avo succedere possit, legitimetur. Sentētia negativa cōtra Tr. verissima est, quia filio defuncto deficit mediū, per quod legitimationis seu potius matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotē pertingat: quin si maxime adhuc filium superesse proponas, tamē coniugium avi efficere non potest, ut nepos & ipse naturalis legitimus sit, nisi aut cōcubinam à filio in uxorē ductam, aut nepotē in filii locum successisse fingas, qui ita legitimus fiat, ac filius ipse si viveret. Quæ tamen & per se inepta sunt, & præter ius introducere fictiones, & fictionibus cumulare non licet. Sed & si ponas casum, quo filius naturalis ex legitima uxore nepotē suscepit, legitimationi locum non esse, & de ea frustra quæri defendam: quia hic medium habile deficit, vel quia hæc persona plene legitima est. & legitimatio eius qui iā legitimus est, ad solum effectum succedēdi iure civili incognita est. Ex quibus facile refutatur ratio Fachin. quod lex retro trahat nuptias ad tēpus nativitatis: etenim si nepotē quoque naturalem ponas, hæc ratio non concludit, quia non si filius legitimus, etiam ex eo nati si iusta uxor non fuerit, legitimi sunt: & utique etiam ex filio utcunq; legitimo, & concubina, naturales liberi nascuntur. Nulla etiam ratio est Covar ab exemplo adoptionis, quod etiā nepotem tanquā ex filio præmortuo adoptare possū: quia à diversis non fit illatio, & effectus præter intentionem agentis & naturam actus induci non potest: nepotem illum naturalem avus in filium vel nepotem ex filio adoptare potest: quia hæc natura & vis adoptionis est, qui effectus ex matrimonio avi iure deficiente effici nō potest

E & omni,

& omnino matrimonium cum concubina non potest legitimare liberos nisi ex illa ipsa concubina natas.

Lit. B

Ita tamen legitimatus.] Incongrue hoc proponitur, quia non ad casum proxime præcedentē pertinet, sed in genere ad quæstionem de legitimato per subsequens matrimonium in qua quæstione quo videlicet jure sint liberi ex concubina nati, quam pater post liberos ex intermedia uxore susceptos, uxorem duxit, tres sententiæ sunt, duæ in extremo quod alij nullo modo eos legitimari, alij ita legitimari, ut etiam liberis ex intermedio matrimonio natis præferantur: & tertia media; quam sequitur Tr. contra quam pro extremis fortiter hæc ratio pugnare videtur quod hæc legitimatio non fiat nisi beneficio fictionis per retrotractionem ad tempus nativitatis, qua admissa utiq; illi priores erunt, cū etiam alias fictio illud operetur in casu ficto, quod veritas in casu vero, atq; ita obtinebit extremū posterius Quod si ex intermedio matrimonio natus illis præfertur: non poterit fictio, quæ aut in solidū, aut plane nō operatur, assequi effectum suum, & ea exclusa nulla erit legitimatio, atque ita obtinebit extremum prius. Attamen cum durum sit alterutrum statuere, aut negare legitimationem aut liberis legitime natis ius quæsitum auferre, pro Tr. sententia dici potest legitimationem fieri citra fictionem ejusmodi retrotractionis, legis sola potestate & quidē fictionē istam, si quæ etiam admittenda sit, non perfecte & absolute operari probatur tum quod ante Iustin legitimationis iure jam recepto, non legitimabantur liberi, si nulli alij ex matrimonio nati fuissent; *l. 11. C. de natural. lib* rum quia hodieq; non nisi consentientes liberi legitimantur *N. 89. c. 11* facit quod d *N. 89. & N 74* liberi per rescriptum legitimari, ubi nulla fictio, legitimis æqui parari dicuntur vide etiam Salicet. *in l quoties 15. C d rei vind. n 6*

Lit. C.

Unde frustra quærunt Dd.] Ratio Tr est, quod extantibus liberis secundum ius civile hæc legitimatio habet locum. Atqui in th *praeced lit. c.* etiam eorum qui ex damnato coitu nati sunt, legitimationem admittit Tr quæ tamen magis improbata iure civili Et ordinarium hoc ius est de quo agit Tr quo non obstante poterit princeps ex j stis causis etiam ubi alij liberi supersunt, legitimare: eoq; respiciunt Dd in hac quæstione, an legitimorum facienda mentio, quod apparet ex alleg. *Geil. & Covar d. mat. p 2 2. c. 8. §. 8 n. 16.*

Lit. D.

Secus est existentibus.] Vix hic ratio dubitandi est, cum tantum iure excipiatur casus extātium liberorum: cæteroquin quæ mortuo patre, delata hæreditate fie i potest legitimatio, omnino irregularis est: & præter officium fecerit princeps, si hoc casu legitimaverit liberos ad effectū ut succedat patri naturali, qui si eos sibi hæredes esse voluisset, ipse legitimationē à principe petijsset Plenitudinē tamen potestatis, cum nihil nō opinionis errore concedunt Dd. hoc admittit *Cov. p. 2. d. matrim. c. 8. §. 9* Fach. autem in altero extremo est, & in casu tamen legis specialis, ne quidem cognatis per istam legitimationē præiudicare posse existimat.

Et cū hi nō vere sed ficte.] Affirmat hic per legitimatos ex rescripto non excludi fœminas, stante statuto, ut extantibus masculis fœminæ nō succedant. Cæterum ego cum *Baldo ad l. eam quam C de fideicom. n 26.* generaliter loquente contra Tr. sentio, si videlicet secundum ius ordinariū nullis dum extantibus fœminis, legitimatio facta proponatur. quoniam cum iuxta vulgatum illud quo d. loco Bald. utitur, statuta recipiant interpretationem passivam à iure communi, hoc liberi ita legitimati sui & in potestate & nihil à legitimis differre dicuntur *N. 74. c. 1. & N. 89. c. 9.* & adeo cum ratio statuti sit conservatio, splendor & favor familiæ, cuius fœmina terminus & finis dicitur, merito hi legitimati, qui familiæ iura consequuntur, fœminas excludent. Neque enim admitti potest sententia eorū quos sequitur Tr *p. 2. disp. 16. th 2. lit. f.* fœminis natis legitimationē antea rite factam revocari. Cæterum si legitimati fuerint iam extantibus fœminis, has excludere non debent, quod ista legitimatio irregularis, & dispēsatio quædā, ne nimium deroget iuri communi, à quo alias dupliciter recederet, & excludendo fœminas, & excludendo per eos, quos ius cōmune ordinarium nō agnoscit.

Cum in his nulla sit fictio.] Commode hoc explicandum est. quod scil hic non sit fictio directo & proxime circa liberos : est tamen fictio mediate circa matrimonium, ex quo illi nati finguntur.

Lit. E.

Negat hic legitimatum à Pōtifice succedere in terris Imperii. Cæterum si quidē Pontifex ius legitimandi habet, & subditum suum legitimavit, diversa sentētia iuri divino cō traria nō videtur: & Bald. pro Tr. allegatus ius Pōtificis potius asserit, & tantum circa accessoria matrimonij mani-

magistratum laicum aliquid disponere posse admittit.

THESIS VIII.

LIT. A.

Qui actus mancipationis vocabulo.] Imo adoptio ipsa mancipatio non est, sed mancipationibus intervenientibus ex ratione iuris veteris perficitur iuxta *l. ult. C. de adopt* Et non satis sibi convenit Tr. dum ea ratione actum legitimum facit adoptionem, quatenus sub mancipatione continetur: quippe eo posito contra Tr. hodie actũ legitimum non esse consequetur.

Vt & manumissio.] Idem hic vitium quod iam notavimus, & hoc insuper, quod in manumissione servi intervenisse mancipationem, nulli proditum est, neque rationi convenit.

Quod etsi factum sit.] Non simpliciter concedẽdum, omnem hic solennitatem esse sublatam, licet iuris veteris imaginariæ solennitates abrogatæ sint.

Adeoq; verum est eam diem.] Illatio hæc desumpta est ex *l. 77 de reg. iur.* iuxta lectionem Florentinam affirmantem: quæ tamen satis inconcinna, & longe aptior vulgata & Holandrina negans, quã sequitur Hottõ. *illustr. quæst. 32* ut quidam actus legitimi esse statuantur, qui recipiunt diem vel conditionem: secundum quod ista Tr. illatio bona non erit: de quo alibi.

An apud legatum proconsulis.] Negat hic apud legatum pro consulis adoptari posse ex *l. 3. de offic. proc.* Quæ probatio ideo vitiosa est, ꝙ ipse supra *th. 4. lit. e.* illum textum ad casum, quo legatus nondum ingressus est provinciam restrinxit: & plane arbitrarium est, quod adoptionem ad alterum distinctionis *d. th 4.* propositæ membrũ, vult pertinere. Equidem ibidem distinctionem eam improbavimus & nulla ratio vel textus suadet, ut hac in re adoptio & manumissio opponantur, & illa legi vivæ, hæc mortua asscribatur: illa demandari non possit, hæc possit: imo & textus & rationes contrarium suadent.

LIT. B.

Quo casu plures.] *Cont. cap. 6* duas fictiones refert, ut & quis habuisse filium, & hic porro alium filium habuisse fingatur. Verum dubium videtur an textus iuris hac de re loquentes *in l. 37. 43. & 44. de adopt. & §. 5. Inst. eod.* etiam de eo casu accipiendi sint, quo quis filium habuit nunquam: siquidem hoc casu non nisi inepta, & nullius effectus futura sit nepotis adoptio

Nisi filius assentiatur.] Quod effectum, quem subjicit statim Tr, ut filio succedere possit, nulla dubitatio est, neque hinc dissentit Contius: sed quoad alios effectus non omnino nullam istam adoptionem fore non improbabiliter existimat *ex l. 11. de adopt.*

LIT. D.

Improprie loquitur, dum ei ait permitti jus adoptandi, qui plenam habet legis actionem: quia hæc phrasis ad ipsum magistratum referri solet, privato autem jus adoptandi competit.

LIT. E.

Adoptionem hic ad contractus instar redactã ait, duplici ratione. I. quia fiat consensu eorum, qui hoc casu utantur, ita ut hoc ad ipsos adoptãdos referat. Atqui ratio non concludit tũ quia etiã infans, cuius nullus cõsensus, in adoptionẽ dari potest, tum quia adoptandus magis obtinet rationem rei, quæ in contractum deducitur, neque nisi ratione parentum, dantis in adoptionẽ & adoptantis adoptio contractus appellari potest. II. quia fiat per mancipationes. Atqui hæc ratio ex jure novo nulla est, & cum priori etiam vix concurrere potest, quia tantum inter utrumque parentem mancipatio contrahitur: & proprie loquendo, adoptio omnino diversa est à mancipationibus illis, quæ sicut & manumissiones ideo interveniebant, ut filius in potestate adoptantis firmiter manere posset, qui alias ex antiqua L. Romuli, in potestate patris naturalis aut mansisset aut in eã reversus fuisset

Et in arrogato] Contra methodi legem: specialia hic tractat, & de specie utraq; cõfusim tractat & male generi mancipationem communem facit, quæ tamen in arrogatione nulla intervenit.

LIT. F.

Itaq; fœmina non filiumfam. &c.] Idem jure novo de quocunque extraneo adoptante dici potest *ex §. 2. I. de adopt.*

Ne quidem reginam.] In reginis non recognoscentibus superiorem, quales pleræque sunt, hoc admitti non potest: quin forte nec in alijs, nisi quatenus vertitur interesse superioris: quo pertinet exemplum allegatum, quod scil. pontifex regnum Neapolitanum feudum Ecclesiæ esse prætendit.

THESIS IX.

LIT. B.

Ea tamen stipulatio non est.] Nõ satis bona fide Cujacius quẽ sequitur T. agere videtur cũ Forner qui neque ejusmodi stipulationem quæ fit de dando vel faciendo hic statuit, neque stipulatione arrogationem constitui, sed hoc tantũ, ab impubere non posse tanti momenti stipula-

 tionem

tionem contrahi dicit. Et utique interrogatio illa & responsio, quæ hic intervenit, non adeo absurde stipulatio dici potest.

Cui non obstat l.17.] Non satis bene conciliare videtur *l.17. & 33. h.t.* neque verum, quod in hac illius ratio cesset, quod etiam vitricus tutor cogitur reddere rationes. Sed nimirum *l.17.* est de iure regulari, cui constitutio Antonini aliquatenus derogavit: forte ideo ut pupillo & ratione uxoris, & lege sibi filio tanto maiorem præstaret fidem.

LIT. C.

In illa causa cognitio.] Non simpliciter in arrogatione causæ cognitio requirenda, at utique cognitio ea distinguenda & gradus eius faciendi sunt: quod speciali & accuratiori circa personas & alia, in arrogatione impuberis opus est.

LIT. D.

Adoptio quæ testamento fit.] Non satis bene ista species hic proponitur, quæ nec adoptionis aut arrogationis, de qua hic tractatur, nomen meretur, quippe cuius præcipuus effectus patria potestas, & ut arrogatus efficiatur filiusfam. hic cessat. Et est illa nuda quædam designatio, depēdens insuper à designati voluntate, neq; alterius effectus, nisi ut accedente principis rescripto familiæ iura, nec hæc fortassis omnia, in præiudicium vere agnatorum, consequatur.

LIT. E.

Iis qui alias ab intestato.] Debebat etiam mentionem facere substituti, quem pater pupillo dedit, ex textu generali *in l.18. d. adopt. §.1. l. eod.* cui ideo cauendum est, quod per arrogationem substitutio pupillaris fit irrita, quia extra causā castrensium bonorū, qui in aliena potestate est, ex testamento hæredē habere nequit. Et tentari possit, ipsi substituto cautionem præstitam fuisse: sed in casu non dati substituti, personæ publicæ: quod cum ille ab intestato succedat, qui tēpore mortis proximus est *§. proximus 6. I. de legit. agnat succ.* tempore arrogationis qui pupillo successurus sit, in incerto est. Cæterum, quare cautio non porrigatur ultra pubertatē, in casu substitutionis factæ, aperta, in alijs hæc ratio est, quia ut ex sentētia Dd. tradit & loquitur *Iason in l. si arrogator. 22. co. 3. h. t.* cū pubes nō arrogatus testamentum facere potuisset, successuri ab intestato per arrogationem certitudinaliter non patiuntur damnū: excepta tamē matre, quæ alias testamento filij præterita, nec accepta legitima habuisset querelā. Plane si arrogatus post pubertatē decedat, ex ratione iuris novi in *N.118. c. 2.* mater & fratres utrinq; coniuncti, cum pat arrogatore concurrent. Quæ videtur esse sententia Ioan. Fabr. *in §. cum autem, I. d. adopt.*

Puberi tamen hoc casu quarta non deberetur.] Sētentia Iasonis quā improbat Tr. hæc est *in d. l. 22. de adopt. col. antep.* puberi huic, cum sit suus & si prætereatur rumpat testamentum, deberi quartam de iure communi, & si exhæredetur, competere querelam, quæ sententia vera est: cæteroquin illud etiam verum, quod non ita debeatur huic quarta sicut impuberi, verbi causa emancipatio, qui sibi imputare debet, ꝙ admiserit emācipationē, ut notat *Cyn. in l. 2. C. de adopt.* ubi hāc quæstionē pluribus tractatā dubitanter decidit.

Sed an hæc quarta omnium bonorum.] Mihi negativa sententia contra Tr. videtur verior. I. quod cum ex causa plures arrogari possint *l. 15. inf. d. adopt.* etiam poterunt quinq; quo casu singulis quartam dari omnium bonorum, fuerit impossibile: quod argumentum ex Dd. refert, *Iason, in addit. ad Porcum in §. cum autem inst. de adopt. & in l. 22. Eod. col. 4. ante fin.* Scio equidem dici posse, quartam non deberi omni arrogato, sed impuberi, & quidem ex iniusta causa emancipato vel exhæredato, quæ omnia ut concurrant, contingere vix potest: attamen non videtur ita ius constitutum, ut vel uno licet rarissimo casu res exitum habere non possit. Quin imo etiam si duos tantum arrogatos proponas singuli quartam omnium bonorum habere non possunt, quoniam deducta quarta amplius universa bona non sunt, licet hoc paulo videatur argutius. Plane si tres proponantur arrogati, absurdum videatur, patrem tantum de quadrante disponere posse. II. Quod utique filius arrogatus emancipatus vel exhæredatus, non debet meliori conditione esse, quam in potestate retētus, cui quartā universorum bonorum deberi nusquam traditū est. III. quia in liberis naturalibus & legitimis concurrentibus manifesta fieret iniuria, quia qui quadrante prius universorum bonorū ablato, legitimam suam integram consequi non possunt. Cui accedit IV. quod liberorum istorū melior quam naturalium conditio esse non debet. Et licet extantibus naturalibus arrogatio admitti non soleat, ex causa tamen admitti potest, & post arrogationem factam liberi nasci possunt: & hic simpliciter & quasi in abstracto de iure liberorum disputamus. Neque propter bona quæ ad arrogatorem afferuntur, melior istorum conditio esse debet; vel quia etiam pauper adoptatus quartam habet, vel quia etiam per

liberos

liberos naturales patet bona acquirit, vel quia pro liberis naturalibus ipsa ratio naturalis, illis quasi tacite bona addicens, pugnat *l. 7. in pr. d. bon. dam.* Et notandum non novam quartã a Divo Pio introductam, sed quartam jam antea definitam in casu factæ emancipationis & exhæredationis, citra ullam querelæ necessitatem, qua alijs liberis opus assignatam fuisse: ex quo solvitur argumentum, per quod Iason citato loco diversam opinionem sustentabilem esse putat, quod alias constitutio D. Pij esset frustratoria. Plane non obstant *l. 2. C. de adopt. & l. ult. si quid in fraud. pat.* quia responsio duplex est I. etiam quartã portionis ab intestato respective & proportionaliter quartam bonorum dici posse, nam & legitima liberorũ quarta portionis illius est, & tamen quarta bonorum dicitur *in l. 6. C. de inoffic. test.* II quia regulare est tantum arrogationes fieri ab eo qui liberos non habet, & arrogari tantum unum, ideo secundum jus hoc ordinariũ in legibus quartæ bonorum simpliciter fieri mentionem: *quæ est etiam responsio Cyn. in l. 22. de adopt. nu. 13* & in specie ad *d. l. 2.* responsio est tertia ex LL. C. non valere argumentum à contrario sensu.

An hanc quartam auctam dicemus]Duplex hæc quæstio est, de quarta in genere arrogato debita, & in specie de quarta arrogato puberi debita. In priori affirmandum puto, quod arrogati ubique alijs liberis æquiparantur, & ut notat *Cyn. in l. 22. d adop nu. 23.* quoad debitum bonorum subsidium nulla est differentia. Et ergo vitiosa hic ratio, quam pro sententia negante proponit *Iason d l 22. col. antep.* quod in N. 18. c. 1 eorum liberorum legitima aucta sit qui querelam habent: quod utique querela arrogato puberi exhæredato competat. Et in altera quoq; quæstione magis affirmativam probo, ne si deterioris cõditionis quem melioris esse leges volunt: neque captanda sunt verba *d. N 18.* quæ ut etiam in impubere habeat locum, sufficit, ipsum effectu id habere: quod per querelam alij liberi cõsequuntur, licet in specie remedium sit diversum, quomodo respondet etiã *Cyn. d. nu. 23.* cum præsertim expeditiori ratione quartam impubes quam alij liberi consequantur.

THESIS X.

LIT. A.

Hodie familiam non mutat.]Vera hæc sententia est ex textu expresso *in §. sed hodie 1. d adopt.* quia alias haberet iura agnationis, imo si agnatus esset patri, etiam iura suitatis, & contra expressa verba Iustin. conveniret in his cum adoptato ab ascendente. Atqui cum omnes effectus in illo neget Iust. aut nulla etiã familia & agnatio, aut imaginaria plane imo nulla erit. Cui obiicitur *§. sed ea. 14. 1 d. har. ab intest.* ibi, *perinde ac si in potestate mansisset & l pen in pr. C. d adopt.* ibi *quasi non fuisset in alienam familiam translatus.* Sed hæc obscurius dicta explicanda sunt ex textu claro *in d §. 2 1. d. adopt. juncta d. l pen. §. 1. vers siquidem C. eod.* & respiciunt illa verba ad effectum adoptionis ex jure veteri, qui consideratio adoptionis facto specie tenus etiã hodie obtinere videtur: cæterum reipsa non adesse firmatur etiam ex oppositione adoptionis factæ ab ascendente: quo casu cum pristina jura & effectus demum servari velit, quando extraneus adoptavit, nõ servari consequitur: plane non sunt captanda verba Iustin. sed spectanda potius mens & voluntas.

Huic consequens est quod plebeius]A propositione hac excipit duos casus remissive videlicet, si adoptatus sit ab avo materno & si adoptio facta sit apud principem. Prior exceptio mala est, quia non est de regula, quæ proponitur de adoptante extraneo, cuiusmodi avus maternus in hac materia non est. Altera exceptio, de regula quidem, sed vera non est, quippe cum præter intentionem principis, cui scilicet adoptionem tantũ probare, non nobilitare propositum est, effectus iste non debeat induci, de quo pluribus citata disput. 15. Et ergo simpliciter negandũ est, quod adoptatus hoc casu nobilis fiat: ex hac solida ratione, quod jus familiæ, cui agnationis & nobilitatis jura annexa sunt, non consequatur.

Alia quæstio an liberi]Non dubie hic errat Tr. dum liberos à nobili ex fœmina ignobili susceptos, per subsequens matrimonium jure tantum Canonico non etiam civili existimat legitimari. Quippe quod sine dubio inter nobilem & ignobilem fœminam jure civili justum & legitimum sit matrimonium: adeo ut, an liberi legitimi fiant, nec dubitãdi probabilis ratio superesse possit. Nihil enim pro Tr. facit *l. 1. C. de natural liber.* non tam quod de speciali & nobilitatis vel dignitatis & ignobilitatis ordine disponit, quam quod eo casu nuptiæ sunt interdictæ, & amplius constitutio illa correcta per auth. subjectam *ex N. 117. cap. 4.*

Quod de iure civili procedit.] Cum affirmet Tr. tantum de jure Canonico legitimationem hoc casu procedere, & addat dissentientes. ista porro subjecta verba nullum commodũ habent sensum. Sed quomodocunque loquatur, hoc sentit

Tr. quod de jure canonico tantũ liberi legitimi fiant (id autem verum jam non esse ostendimus) non autem jure civili: & tamen istud jus civile in judicando attendendum non esse, nisi in casu singulari &c. Qua in re confundit Tr. diversas quæstiones de legitimatione & nobilitate, & quidẽ plena cũ omnibus effectibus: quam quidẽ in casu proposito subsequenti matrimonio contingere nõ posse, plus quã perspicuum est, siquidem etiamsi ex matrimonio inito rite cõtracto nati essent, privilegia illa nobilitatis, etiam de jure canonico dispures, non haberent, velut hodie fere ad canonicatus non admittuntur, nisi ab utroque latere longa serie nobiles. Cæterũ Baldus male allegatur, qui loco citato hoc tradit, quod ex nominatione filius præsumatur legitimus iuxta N. 117. *cap* 2. nisi persona fœminæ ita turpis sit, ut non possit esse locus præsumptioni matrimonij, in qua constitutio d. N. fundatur. Quæ sententia Baldi verissima est.

LIT. B.

In feudis adoptivos non succedere.] Quæstio hinc aliena est: & tamen in adoptatis ab avo paterno sententia ista falsa erit. Cæteroquin consuetudo vel statutum, ut quicunque adoptivi in feudis succedant, si secundum jus feudorum exigatur, vix erit rationabile, tum *arg cap* 1. *de alienat feud.* ubi consuetudo, quia licet alienare feudum inscio domino, vocatur irrationabilis, tum quod ita agnatis, quibus per primum acquirentem, jus quæsitum est, & domino fieret præjudicium, & ita bona feudalia quasi ad instar allodialium redigerentur.

LIT. D.

Nec ius retractus adoptivis competere.] Hoc intelligendum non de adoptatis ab ascendente, qui jus sanguinis habent, sed ab extraneo, in quibus tantum militat ratio *Tiraquel* §. 1. *glöss.* 8 *n.* 16. ubi unum tantum dissentientem adducit.

LIT. E.

Quid autem si testator.] Male hoc proponit Tr. quasi filius adoptatus. & alius hæres institutus fuisset, sed nimirũ hoc quæritur, an & quatenus cõditio fidei commissi, si gravato supervenjant liberi, deficiet. Conditio illa vel expressa est, vel tacita, si videlicet testator aliquem ex progenie sua hæreditatem restituere jussit: cujusmodi fideicommisso ex constitutione Iustin *in l. generaliter. §. cum autem C. d. institut. & subst.* inesse cẽsetur conditio, si grauatus decesserit sine liberis.

Quæritur quid juris, si adoptatus filius institutus sit & gravatus. Et recte ex ratione juris distinguit *Mantica* loco citato *li.* 10. *t.* 8. an quis ab ascendente, an ab extraneo fuerit adoptatus: ut illo casu, non vero hoc locum habeat cõstitutio Iust. ut videl. hoc casu etiam naturales & legitimi liberi non faciant deficere fideicommissum: tum quod constitutio nova non sit extendẽda, tum quod deficiat constitutionis ratio, quæ posita est in coniectura pietatis, quod non præsumatur testator extraneos soboli suæ præponere voluisse. *arg l. cum avus* 102. *d. cond. & dem.* Nec obstat ratio *Iasonis in d. §. cum autẽ col.* 5. *inf.* quod cum testator dilexerit adoptivum institutum etiam liberos eius magis quam substitutum d. lexisse videatur, quia hoc admisso, sequeretur, fideicommissum in cuiuscunque heredis persona, (omnis autem heres dilectus præsumitur,) natis postea liberis extingui: siquidem hic non de expressa, circa quam nullum dubium, sed de tacita conditione quæstio est. Et cum igitur Mant. & ab eo allegati de naturalibus liberis ab adoptato filio gravato, susceptis, tractet, male respondet Tr. de adoptivis supervenientibus: in quibus etiam nulla plane dubitandi ratio quin isti facere non possint. ut deficiat fideicommissum, siquidem nec adoptati à filio naturali & legitimo, instituto hoc efficere possunt *L. fideicommiss.* 76. *d cond & demonstr.*

THESIS XI.

LIT. A.

Quia uterque actus per fictionem.] Nimirum utrobique ficte assumuntur liberi: cæteroquin multi actus per fictionem procedunt, qui cum adoptione nihil simile vel commune habent.

LIT. C.

Quæ est pactum.] Non recte ponitur pactũ loco generis, quia unio proliũ est ipsa liberorũ hinc inde facta assumptio: quia neque per metonymiam hoc defendere possis, cum plane multa hic requirantur: quæ notat *Gail.* 2. *observ.* 125. *nu.* 8 *Rick. d. union. prol. cap* 6. *& ipse Tr. lit. G. & seq.*

A iure scripto præteritum adeoque &c.] Aut intelligit jus Romanum scriptum, & mala est oppositio consuetudinis, cum multa alia iura scripta sint, & provincialia & municipalia: aut omne jus scriptum intelligit, & omni tali jure unionem hanc prolium præteritam esse, verum non videtur.

LIT. D.

Parum subtile videtur quod hic proponit, posse induci unionem per patrem testamento, si de suis tantum bonis inter liberos ex sese. duobus matrimonijs procreatos disponat: quia unio nõ sit

fit citra solennia quorum meminit ipse *Tr. lit. G. & seq.* & quæ attingit *Gisan de pact th 233.* & sc. unio hoc efficit, ut liberi citra ullam aliam dispositionem succedãt & etiam circa infirmationem testamẽti liberorum aliorum jure utantur, cæteroquin citra ullam unionem pater de suis bonis inter suos liberos, de quibus agit Tr. disponere de jure omni potest: neque liberi ex eodem sed ex diversis parentibus nati, & qui alterutri parentum priuigni sunt, uniri dicuntur.

Lit. E.

Quod tamen patriã potest.] Ratio videtur, quod liberi uniti extranei sunt, nec plus operari debet unio quam adoptio. Attamen statuta locorum hic spectanda erunt & omnino plus huic unioni quam adoptioni à Iustin. reformatæ tribuendũ, eaque unio ad instar veteris adoptionis redacta videtur, quo ad effectum præcipue succedendi in bona parentum unientium, ita vel ut ab istis testamẽto liberi uniti præteriri nequeant: quod in adoptato ab extraneo jure civili secus est. Nec movet quod *Rick. c. 8. n. 1.* adoptionem tantum ex jure modũ patriæ potestatis constituendæ esse tradit: quia statuto alium modum introduci aut eo unioni priscum adoptionis effectum secundum quid tribui absurdum non est.

Liberi mutuo alendi sunt.] Imo etiam parentes à liberis, ut recte *Rick. d. c. 8.*

Lit. F.

De mutua successione.] Minus bene hoc dicitur, quia unio recta jus filiationis concernit, quod tanquam effectus, sequitur jus succedendi, & alias etiam adoptio dicenda esset fieri super successione.

In rebus omnibus successione acquisitis.] Incongrue hoc dici videtur, fieri de mutua successione, de rebus successione quæsitis: & videtur alias hinc consequi, quod vigore unionis non tantũ liberi parentibus, sed etiam post horum mortem liberi uniti sibi invicem, & fratres fratribus succedant: non magis est ut verum non sit, & unio ita stricte accipiatur, ut ad successionem collateralium non porrigatur: quod & in terminis prolixe tradit *Rickius d. un. prol. cap. 7. num. 1. & seqq.*

Nec damnaretur in iure qui test reciprocum.] Et ergo, cum ipse hoc pactum de succedendo appellet consequenter pacta de succedendo reciproca jure civili valebunt, quod & expressius tradit infra *disp. 6. th 8. lit. B.* quo se loco remittit. Ea vero sententia falsa est, ut ibidem ostendemus.

THESIS XII.

Lit. A.

Solvitur morte.] Intelligenda etiam erit mors civilis, ne manca sit enumeratio, licet textus allegati de naturali tantum loquantur.

Lit. B.

De dignitatibus V. C. consulatus vel episcopatus, alijsque de quibus in *l. ult. C. de decurion. in Nov. 81.* res non dubia, quin à Iustin. primum effectus hic illis tributus. De patriciatu idẽ affirmat à Tr. citatus Vult. Iur. 24. quod non invenerit ullam qualemcunque dignitatẽ, quæ ante Iustin. liberaverit potestate patria. Verum lapsum hic Vult. ostendit Cassiod. 6. var. 2. in form. patriciatus, additur, inquit, quod leges tantam illis reverentiam detulerunt, vt in sacris positus cum hoc fuerit honore præcinctus, paternæ potestatis nexibus eximatur: cæterum extra dubiũ est, quod Theodoricus Rex, sub quo ista scripsit Cassiod ante Iustin. expulso Odoacre An. 489. Orientis imperium tenente Anastasio 30. amplius annis ante Iustin. Imperium Italiæ occupaverit. Altera quæstio hic occurrit de patriciatus prærogativa, quam dignitatem summam appellat Iustin. in §. 4. Inst. quibus mod. jus pat. pot. Etenim consulatus post dictaturam sub libera Republ. re ipsa, & post sub Impp. hactenus summa dignitas habita, qua ratione veteris prærogativæ, qua eo respectu, quod etiam ipsi Impp. hanc non adspernati dignitatem, velut Cassiod citato loco libr. 6. var. de patriciatus dignitate: uni tantum, inquit, cedit fulgori, quem interdum etiam à nobis constat assumi. Fuit adeo hæc prærogativa magis imaginaria, quoniam ut ex Sueton. & alijs historiæ Augustæ scriptoribus liquidum est, etiam potestas proconsularis & tribunitia propter pristinã dignitatem ab Impp. assumi solebat: cæterum nõ tantum ratione durationis, ut vulgo hoc explicant, sed de re ipsa majorem fuisse patriciatus dignitatem, ostenditur ex Cassiod. *lib 3 var. 5.* sume, inquit, post consulares fasces emeritos, patriciatus insignia, tuarum munus plenarium dignitatum eoque apud eundem 8 Exempla 10 vocatur patriciatus culmen: & patricium super præfectos prætorij, quorum maxima dignitas, fuisse scribit Zosim. *lib. 2.* ex quo etiam autore origo hujus dignitatis deducitur, ubi in hæc verba scribit de Optato ὃς παρὰ Κωνσταντίνου τῆς ἀξίας τετυχήκει τοῦ πατρικίου, πρώτου ταύτην ἐπινοήσαντος τὴν τιμήν: & de hac dignitate Suidas πατρίκιος, ὁ πατὴρ τοῦ κοινοῦ.

Lit.

Lit. D.

Non Monachismi.] Contraria sententia videtur verior: tum quia unus in duorum potestate esse nequit, monachus autem subjicitur potestati Abbatis, cui etiam jurato obedientiā promittere cogitur: tum quia cessant omnes, patriæ potestatis effectus quod pater filium qui monasterium ingressus est neque coercere neque per eum acquirere, *Aut. ingressi 6. d. SS. Eccl.* Neque eum vindicare & ex monasterio abducere potest *N. 123. c. 41.* in quo tamen non minimus patriæ potestatis effectus, *arg. l. 1 § 2. de rei vind.* Accedit quod olim sacerdotio diali & vestali patria potestas solvebatur. *Vlpian. tit. 12. in fin. Gell. lib. 1. c. 12.* quo respexit *ICtus in l. 2. §. 1 quod cum eo & c ibi, citra emancipationem, &c.*

Lit. E.

Hodie tacite fieri.] Imo etiam olim, si videlicet pater diu filium res suas tanquam patremfam. agere passus fuisset *l. 1. C. d patr potest.*

Quia in successione non nocet, ideo solennia non requirit. Mala hæc illatio est: vel quia solennia fuerunt sublata ante *No. 118.* quia jus succedendi ab intestato emancipatis datum est: vel quia etiam sublatis solẽnibus potuisset hoc ius relinqui, ne emancipati succederent jure civili, maxime cũ Tr. ijs locis. ad quæ se remittit lit f hodieque emancipatione caput minui: adeoque familiæ jura tolli affirmet: magis autem successionis jure concesso potuissent relinqui solennia: siquidem emancipati succedunt, propter exæquatum jus agnationis & cognationis, quod etiam jure veteri stantibus solennibus emancipati retinebāt. Plane inverso modo rectius inferretur à sublatis solennibus ad jus successionis, siquidem mutatio sive sublatio familiæ & agnationis à solennibus juris veteris, videlicet manumissionibus, dependebat: *arg l. 3. d. cap. minu.* quo fiebat ut jure civili, quod tantum suos & agnatos noverat, emancipati succedere non possent: eoque verius post solennia illa sublata emancipationem hodie pro capitis diminutione habendam non esse: de quo infra loco citato à Tr. *disp. 11. th. 16.*

Quod apud plerosque.] Hoc ad paulo remotius referendum, quo hodie emancipationem tacite fieri dixerat.

Adeout solennitas iudicialis.] Hoc non recte in genere ex præcedentibus infertur, & juxta ipsam citatam Electoris Augusti constit. non nisi in casu separationis verum, ubi filius seorsim à patre habitat & res suas agit: cæteroquin etiam hodie adito magistratu opus erit: eamque scilicet intelligit iudicialem solennitatem, oppositam solennibus juris prisci quæ paulo ante sublata dixerat.

Lit. F.

Vt lenocinio.] Non satis bene lenocinium cum modis quibus ipso jure patria potestas tollitur copulatur: quia officium episcopi implorandum dicitur *l 6. de spectac.* quod ibidem etiam ancillis permittitur: secundum quod lenocinium etiam inter modos quibus servitus tollitur, referri debuisset.

DISPVTATIO III.

DE JURISDICTIONE.

Respondente

M. Christophoro Heuring VVeidensi palatino.

THESIS I.

Lit A.



Enotatione nominis expedita res est, & jam dudum ab eruditis explosa *gloss. Br. numer. 3 in l. 3. h. t.* & aliorum opinio, qui deducunt à iure & ditione, quæ ipsis potestatem significat. Sed de significatione verbi major controversia: generalem, ut etiam Imperium merum & mixtum, & quæcunque officio judicis expediuntur, sive annexa sunt, complectatur, probat *Treutl. post Dd. quos sequuntur Obrecht cap. 1. Scip. Gent. libr. 1. cap. 1 & 2. Fr d. Claper. concl 1. Duar 1. disput. 53. Musc hic numer. 12. Paurm 1 numer 5. Eguin. Baro & Charond. hic* qui duo tamen acceptionem istam ab usu iuris & aliorum autorum aliquanto alieniorem, eoque contra Treutl. impropriam existimant: quo modo generalem eam usurpatione m abusivam appellat *Suerin rep. lect c. 6.* Et sane *in l. 7. §. ult. d. offic proc.* plenissima iurisdictio ad causas civiles referri commode potest, quæ Romæ à diversis Magistratibus expediebantur. Et argumentum quod ducitur ex *lib. 2. § 21. d O. I. & Asc. Ped arg in 4. Ver.* (ubi cum causas etiam criminum & capitales recensuisset, subjicit, *quæ omnia sunt de iuredicundo*) à verbo ad verbale non satis firmum videtur: quo modo transigere, agere, pacisci, latius in usu iuris patere videntur, quam transactio, actio, pactum Cæterum *l. 1. in pr. de offic. eius, &c.* hanc explicationem recepit, esse

esse hunc magistratuum errorem, qui mandata jurisdictione, quam simul & præter imperium merum habent, hoc quoque transferri existimant: quod firmatur ex oppositione jurisdictionis & Imperij meri *in §. 1. d. l. 1.* Eoque non probanda sententia *Gilloti. 1. d. Iurisd. 16. & lib. 2. c. 2.* propria & stricta significatione jurisdictionem etiã ad causas criminales pertinere. Et hæc specialis significatio inde procul dubio ortum traxit, quod cum in omni Repub. tractationem & decisionem causarum civilium certis personis committi necessum sit, potestatem de criminalibus causis princeps vel populus sibi reservare potest & solet: id quod apud Romanos sub libera Republ. factum præcipue constat, idque notant *Scip. Gent. 3. d. iurisd. 26. Cabot. 2. disp. 4. & 5. Obrecht. c. 3. n. 6. Fr. de Clap. concl. 2. in fin.*

LIT. B.

Extraque imperii metas.] Ratio subjecta, quod & in causis criminalibus jus dicatur, non quadrat, quia hoc imperij est: ideoque referenda erit ad remotius, de generali verbi hujus significatu. Sed quænam sunt illa, extra jurisdictionis & Imperij metas? Intelligi puto, quæ specialiter magistratibus cõcessa sunt, & secundum regulam *l. 1. de offic. eius*, &c. mandari non possunt, velut cognitio super manumissione servi à minore, super transactione de alimentis, de alienatione prædiorum minoris, datio tutoris &c. quæ adeo & similia sub quartam speciem refert *Fr. d. Claper. conclus. 2. Suerin. rep. lect. 6*, licet ea Baro referat ad Imperium mixtum, *Scip. Gent. 1. de iurisd. 10. & c. 1. ad Orat. Dio. Mart.* sub jurisdictionem voluntariam: qua de re & infra hac disput. & alibi proprijs locis.

LIT. C. & D

Tum nude.] Hoc plenius traditum th. 1. hic omittendum erat

Nam ita plene.] Otiose hoc repetitur, quod jam lit. B. plenius propositum erat.

LIT. E.

Examinanda hic definitio Tr. Ea initio ideo perfecta nõ est, quod tota singulis subjectis speciebus competere nequit: eoq. ab enumeratione partiũ collecta descriptio est. Genus admittitur recte, quo & plerique utuntur & pluribus probat *Paurm l. 1. c. 7.* licet displiceat *Obrechto c. 1. n. 27.* sed in hoc offendit Treut. neque sibi ipsi convenit, quod cũ lit. D. potestatem statuendi referat etiam ad causas criminales, th. 2. eam restringit ad notionem & jurisdictionem simplicem; sed illud rectius, siquidem dubium nõ est, quin potestas statuẽdi in causis criminalibus sit Imperij meri; eoque vitiose th. 3. lit. A. ab Imperio statuendi potestatem excludit. & illud tantũ potestate exequendi definit. Differẽtia adjecta, de re qualibet, definitionem facit latiorem definito: quoniam & qui leges condit, aliaque jura regalium facit, de re aliqua statuit: ut proinde objectũ in specie videl causæ criminales & civiles, exprimendum videatur. Succinctius cum quibusdam dicetur publica juris dicundi potestas: vel reddendi juris, ut *Paurm. lib. 1. c. 7. n. 1.* cui intelligitur inesse finis ut cuique justitia administretur, quem addit *Fr. de Claper. concl. 1.* quam definitionem frustra vellit *Bocer. c. 1.* quod sit obscurior: quia quo perfectior & magis in angustum coacta definitio, eo non raro est obscurior: sicut ex adverso verbosæ illæ qualis Boceri est, vix definitionum appellatione dignæ

TH. II. LIT. A.

Nempe notio pedaneorum iudicum.] Abutitur verbo jurisdictionis, dum sub ea hic & Th. 1. liter C. etiam notionem pedaneorum judicum, quibus diserte jurisdictionem negat ICtus *in l. 5. de re iud.* quamvis ipsum prætorẽ in edicto suo ita hoc verso abusum videatur colligi *ex d. l. 5.* & potestatem quam habuerunt, cognoscendi & statuendi, jurisdictionem generali significatu appellare, non usque adeo fuerit absurdum. Cæteroquin nec textibus nec autoribus allegatis assertio illa probatur. Notio porro non nudã & solam cognitionem, sed etiam jus ferendæ sententiæ continet: ex quo eorum sententia refutatur, qui judicẽ datũ, ut super causa cognoscat, negant desuper pronunciare posse, cujus autor videtur *Bart. in l. 15. de re iud. in pr. n. 12.* quem sequitur Menoch. *1. de arbitr. 37. n. 13. Zas. in dict. l. 15. §. sententiam n. 6.* eamque in Camera receptam testatur *Mynsing 4. observ. 93.* quos bene refutat. *Scip. Gent. 2. de iurisd. c. 30. Bocer. d. Iurisd. c. 6. n. 2. per l. 1. C si contra ius arg l. de qua. 74. de iudic. l. 5. de re iud.* An autem judex ad exequendum datus, possit cognoscere, vide distinctim explicantes. *Bart. in d. l. 15 in pr. nu. 3 & seq. Myns. 3. obs. 68. Scip. Gent. 2. d. iurisd. c. 31.*

LIT. B.

Vnde illi ne quidem alios.] Hæc ratio conversa non valet, quia etiam magistratus in quibusdam causis judices dare nequeunt.

Ne quidem ad unum causæ articulum.] Mihi sententia Bartoli non usque adeo videtur absurda, licet eam communiter improbatã testetur *Zas. in l. 5. de iurisd.* maxime si intelligatur articulus non jurisdictionalis, ut loquitur *Zas. d. loc. n. 30.*

qua de re etiam *Cyn.in l.5.de jud.falic.ibid. num.5. Marant.p.4.dist.5.nu.52.Costal.in l.ult.de off eius. Iaf.in d.l.5.col.3.in fin.Fac. l.9.qui sat. dar. cog. & arg.ex l.ult C.ubi & apud quem.* vbi vetatur causa restitutionis tractari apud eos, quos judices solam judicandi facultatem habentes, dederunt: ut proinde ab ijs judicibus, quod ab alia minoris momenti delegationes fieri posse, probabile sit. Non obstat *l.5.C de iudic.* quæ de delegatione causæ totius commissæ loquitur. Sed illa *Fachinei ex l 1.§.1.de offic.eius.* inepta objectio est, quod mandatarium jurisdictionis, de quo ibi agitur judicem date posse constat.

Si ipsi expresse facultas.] Sententia negans quam etiam sequitur *Fachin.1.contro.45.* in persona judicis dari dubio procul ex ratione juris civilis verissima est, sive jus dandi judicem jurisdictionis sive mixti imperij esse dicas, quorum neutrum in judicem istum qua talem transferri potest. Verum quatenus delegatus ex ratione juris canonici, & secundum naturam, quam Dd ipsi tribuunt, consideratur, fortassis sententia adfirmans sustineri potest: quæ est *Bart in l.5. h.tit. numer 12.Salic.in l.5. C. de iudic numer.7.* & aliorum quos refert & sequitur *Marant.p. 4. dist.5. num.58.Gail.1.obs 97.número.11.Gostal.in l ult.de offic.eius.Iaf.in dict.l.5.C.de iudic.colum 2.Zas.in l 5. h.tit.n.43.Idem Iaf.in l de offic. eius colum.7.Cyn.in L.1 hoc tit.num 10* Et omnino existimo, delegatum, de quo Dd disputant, quasi mediam speciẽ inter mandatarium jurisdictionis & iudicẽ pedaneum constituere: mixtura hac inde nata, quod duos istos ignorantia juris civilis veteris Dd. quod constat, confuderunt, & quæ jam de mandatarijs jurisdictionis, jam de pedaneis judicibus tractantur, ad delegatum suum accommodaverunt: velut cum delegatum alium faciunt ad unam causam, alium ad Vniversitatem *Bart.& Dd.in l.5 C.de indic.& in l.5.& 16 D h.t. Marant.part.4.distin 5.num 2.* quæ distinctio judici pedaneo non convenit. cum ex adverso delegatum sentẽtiam exequi & judicem dare posse negant. *Bartol.& Dd.in l.5.& in l.15 in pr. de re iud. Marant.d.loc num.23.& 43 Gail.1.obs.97.n.7.* quæ tamen ex ratione juris civilis potest mandatarius jurisdictionis. Et pro tali ratione formæ hodie delegatus videtur habendus, quæ etiam communis Dd. est sententia, juxta tradita ab ijs *in d.l 5 C.de iud & in l.1.§.1. de offic.eius l 5. h.t.* ex quibus textibus de jurisdictione mãdata tractantibus delegatum suũ ex parte formant: & notat *Lõgov. in repet. l.3.h.t.p.3.c.10. Tessaur.in præf.decis nu.34.Gail.1.obser.35.num.9.Paurm 1.I. Iurisd.10. Br.in l.3 h.t.nu.1. Iaf in l.1. de off e.nu.5. qui mandatum colum.2.Bocer.d.iurisd.c.6.Marant. d.p.4 dist.5.* ex cuius ibid traditis differentijs de illa confusione & mixtura facilius judicare licet. Quin fere est ut existimem, judices speciales, quorum ab Imp. posterioribus, abolito jam pridem dandorum judicium more, mentio fit, nõ tam judicibus pedaneis qui ex formula cognoscebant, accensendos, sed magis cum iis, quibus ad unam causam jurisdictio mandata est cõparandos esse, quod videtur velle *Longov p. 3. c. 7.ubi in l.ult.C ubi & apud quem:* accipit judicem datum, pro eo cui mandata jurisdictio: quod alias, quo minus judex vere & proprie pedaneus judicem alium dare non possit, nulla plane sit ratio dubitãdi. Secundum hæc, cum de eiusmodi delegato Dd. disputent, tanto facilius in utraque quæstione hac lit. proposita, affirmantẽ partem tuebor, delegato potestatem subdelegandi fieri, & citra eam concessionem ad unum articulum subdelegare posse: maxime cum receptũ sit, delegatum ad universitatem causarũ, quod differentiam essentialem non facit, specialem causam posse subdelegare *Bar.in l.5. & 15.h.t. Maran d.part.4.dist.5.num.52.Dd.commun. in l.5. C.de iudic.* Vnus Fulgos. differentiam veteris juris animadvertisse videtur, qui referente *Iaf.in L. 5.C de iud.col 4.* distinxit inter eum cui delegata est causa, & cui commissa iurisdictio: quod mirabile vocat & improbat Iason.

LIT. C.

Nisi sint delegati principis.] Verbum delegati hic pro iudice pedaneo accipi oportet, quod alias cui mandata iurisdictio est, etiam ab inferiori, iudicem dare potest per *lib.12.d.iud. Suerin.repet. lect.6.Duar apol.ad Baron. Musc.hic nu.16* Facit ratio, quod prætor intelligitur, ita mandare iurisdictionem quomodo ipse exercebat: & cum iudice nõ dato cognosci diceretur extra ordinẽ, nõ potest præsumi prætor mãdando cognitionẽ extraordinariam facere voluisse. Porro cum hi habeant & iurisdictionem, & executionem, nõ recta est hæc exceptio, cum non sit de regula, quæ agit de iis, quæ nudam habent notionem.

Vt sententiam suam possit exequi] Vtitur Tr. hac ratione, quod habeant iurisdictionem: quod etiam statuunt *Don. 17. comm.8.sub fin.Scip.Gent. lib.2.c.8.& 50.Bocer.c 6.nu.28 & 30.* Facit quod princeps videtur causam plene delegare voluisse, & quod, qui iudicis dandi, idem exequendi videtur ius habere, *l.15.in pr.de re iud.* & si exe-

cu-

cutionē ab ordinario fieri voluisset, causam alteri non delegasset. Et hæc est etiam sententia Bart. *in d.l.5. in pr. n.2. Scip. & Bocer. dd. locis. Marant. p.4 dist.5. nu.43* Zas. *in d.l.15. in fin* licet existimet non recte concludi à facultate iudicis dādi ad ius exequēdi *post glos. in d.l.15. in pr. de re iud. Menoch. 1 de arbit c.74 in fin Duaren in d.l.15.* Sētentia Tr. hoc quoque argumēto fulcitur, quod iure Canonico, quod in dubio præsumitur sequi ius civile, constat delegatum pontificis exequi posse sententiā per cap. allegata *à Tr. ex tit de offic. del. g* iuncto c. pastoralis eodē. Neque obstat ex iure civili *Nov 53.§.4.* non tā quod ibi de speciali quadam coactione, quā potius, quod (ut ex verbis ipsis textus apparet) de subdelegato delegati principis ibi tractatur. Amplius etiā collectio Tr. à iurisdictione ad executionem, recta est, quæ confirmabitur ex traditis th. 4. eoq; cui mandata iurisdictio est, sententiā exequi potest *per l.1.§. ult & l ult. de offic. eius Duar. in l.15 in pr. de re iud. & hic c.8. Scip. Gent 2 c.30. Bocer. c.6. nu. 41. Alciat 2 parad. 4 Tu Mich. th 141. Longov p.3. c 10.* licet Bato mandata iurisdictione non imperium mixtum, sed tantum coercitionem quandā in contumaces transire existimet: quæ etiā cōmunior videtur Dd. sententia, qui delegato, cui mandatā iurisdictionē tradunt, ius exequendi negant *Bart in l.15 de re iud in pr. n.14. Menoch. 1. de arbit. r 74 n.36. Scip. Gent 2 cap. 30. Marant. 4. dist. 5. nu. 43. Myns. 4. obs. 83. Wormser pract. obser tit. 2. obs. 2. Panorm 1 de iuris. 10* quæ sententia hinc enata est, quod ut supra diximus Dd. delegatum suum partim ex mandatario iurisdictionis, partim ex iudice dato cōflaverunt, & quod de hoc certo iure traditum est *in l.15. de re iud.* ad delegatum suum accommodaverunt: eoque existimo etiam iure Canonico, quod passim receptas Dd. sententias sequi solet, delegatum exequi non posse: quod probant Dd. supra citati: à quibus male discedunt Zas *in d.15. n.5. Bocer. c.6. nu. 45. Mar. p.4. dist.5. num.43.* qui civile cum Canonico cōfundit, & inepta insuper utitur ratione, quod cui causæ definitio commissa sit, executio quoque commissa intelligatur sequutus Longoval. qui *p.3 cap 10.* inepte *l.15. de re iud in pr* accipit de iudice dato ad unum tantum articulum. Quibus consequenter *c in literis. de offic. deleg.* accipiendum erit de delegato Pontificis *arg. c. significasti, c. querenti c. pastoralis eod.* quæ nominatim de legato Pontificis loquuntur: vel etiam de delegato Episcopi aut alterius, qui perpetuo iure imperium & quasi proprio habet: de cuiusmodi ordinariis, & ab his delegatis præcipue agi *sub tit. de off. ordin & deleg.* notat *Paurmeist. 1. de iuris. 10.*

Hoc est imperium mixtum.] Angustior hæc est explicatio, quod ad solam executionem mixtū imperiū restringi non debet, maxime secundū Tr sētētiā *th. 4. lit. b &c.* ubi pluribus dicemus.

An delegatus principis causas imperii meri.] De hoc agimus infra *th.6 lit. c. & seq.* sicut & de eo, quod hic merum imperium de vetoria consuetudine iure magistratus competere affirmat.

Adeoque rectius iurisdictio criminalis.] Nulla hæc collectio est quia siquidem contra rationem iuris civilis receptum est, ut imperium merum competat iure magistratus, eadem ratione etiam hodie imperium merum appellari poterit, neque mutata illa qualitas mutabit appellationem. Et cum ex sententia ipsius totum imperiū merum, ius cognoscendi, statuendi & exequendi iure magistratus competat tanto minus recte iurisdictio criminalis vocabitur. Neque ista bona connexio est, qua ex eo quod imperium merum iure magistratus competit, infert, delegatum principis posse subdelegate causas imperii meri: vel quod delegatus principis magistratus non est, vel potius, quod cum Dd. delegare sit mandare iurisdictionem, iure civili, etiam cui in civilibus causis mandata iurisdictio est, alteri porro eam mandare nequit.

Ita de iure Saxonico.] Ista quidem divisio à Fachsio traditur. verum oppositio ista & explicatio, non satis videtur commoda: quia ex iure Romano quidem, & in magistratibus nulla iurisdictio hæreditaria: cæterum in Ducibus, Baronibus, Comitibus, etiam criminalis iurisdictio hæreditaria. Est tamen etiam specialis significatio verbi. Erb, quod iure Saxon. significare solent, quæ successionis iure in alios devolvuntur.

An ad Commissarios Cameræ.] Ratio negantis sententiæ Tr. ex adducto *c. fi. de offic. deleg.* hæc videtur, quod intelligatur electa personæ industria. Verum cum civiles causæ à quocunque magistratu delegari possint, ratio ista non concludit: & alias ead. ratio militaret in delegato principis; cuius vices cum sustineat iudiciū Camerale, defendi posse existimarim, delegatum eius subdelegare posse: tum quod hic ipsius delegantis dignitas cōsideranda videtur, tū quod, ut paulo ante notarū, delegatus de natura mandatarii iurisdictionis participat. Cæterū Tr cōfundit quæstiones de delegato ad totā causā, & ad unū actum: de quo casu tradunt *Myns. & Gail. allegat.* videlicet de eo cui examinatio testium

commissa est: quia in re cū multum possit industria commissarij, eius personam, etiam a principe causam cognoscente, in specie dixerim electam: cum præ etiam in depositione testium tota probandi vis consistat. & ex ratione iuris nostri ad ipsius judicis officium pertineat examinare testes.

Cum partium consensus accedit] Posita negativa Tr. sententia, hæc limitatio non videtur admittenda: quia iudicem dare vel mandare iurisdictionē iurisdictionis aut mixti imperii est, neque adeo privatorum consensu tribui potest: ut recte post *Bart. & Bald. sentit Zasius in l. 5. h. tit. numer. 26 & 39. Ias. in l. 5. Cod. de iud. colum* 2. Ideoque ita subdelegatus, aut nulliter cognoscet, aut cognoscet tanquam arbiter aut arbitrator. Plane quo ad actus singulares & non iurisdictionales, & in quibus cōsideratur interesse partiū limitationi illi possit esse locus per *c. fin*. §. 1. *de offic. deleg.*

LIT. D.

Vel non nuda sive legitima.] Minus recta ista oppositio est: vel quia potestas iudicum pedaneorum, siquidem ea iurisdictio est, legitima potestas est, vel quia tutoris datio, quæ pro exemplo affertur, nuda potestas est, vel quia etiam iurisdictio simplex dicta, licet semel & in universū, à lege est, vel, si potestas specialiter lege cōcessa huc referenda est, etiam imperium merum contra mentem Tr. huc fuerit referendum.

Vt datio tutoris.] De hoc dicemus infra *th. 7.*

Quæ hoc loco de distinctione iurisd. simplicis & imperii mixti traduntur, repetuntur *th. seq. lit. b. in fin.* Cætera quæ ad descriptionem imperii mixti pertinent, tractanda sunt *sub th. 4. lit. b. & seq.*

THESIS III.

LIT. A.

Exequendi potestas est imperium.] Cum *th. 1. lit. C.* potestatem statuēdi ad eam iurisdictionem referat, quæ in causis civilibus competit iure magistratus, & hoc loco imperium sola potestate exequendi definiat, sequetur, quod cognitio in causis criminalibus iure magistratus competat, & sit iurisdictionis simplicis: itemque quod jus statuendi in criminalibus non sit imperii meri, quorum utrumque falsum est, de quo plura in seq.

Iurisdictionem in coercendo.] Nisi verbum coercitionis late & abusive sumatur, definitio ista subsistere non poterit.

LIT. B.

Quia iure magistratus competit, mixtum appellatur.] Hæc ratio bona nō est quod etiam iurisdictio in civilibus iure magistratus competit: sed ista explicanda erit, quod iurisdictioni iuri magistratus competenti subserviat: cæteroquin cū Treutl infra imperium merum iure magistratus competere statuat, tanto minus hæc ratio procedet: Doctorū plane ratio inepta est, quia partem capiat de imperio mero, partem de iurisdictione: *Zas in l. 3 h. t. num 12 post Bar in l. 3. h. t nu. 6.* Rectissime *Don. 17. comm. 8* Imperium merum dici, quia non sit coniunctum cum iurisdictione quæ competit iure magistratus; pessime *Gillet. 2. de iurisd. 5. & 6* ideo merum quod sit remotum è cognitione & iudicatione, & ideo etiam executionem in civilibus esse meri imperii.

Exequendi iudicati potestas.] Angustior est hæc definitio, quod etiam coercitio sententiā præcedens mixti est imperii: plane autem vitiosa est, admissa sententia Tr. *th. seq. lit. b. c & f.* ideoque notāda pro iis, quæ ad *d. th. 4.* disputabūtur.

In qua recte legitur cui etiam, &c.] Vulgata lectio *d. l. 3* tolerari quidem potest, propter conexionem iurisdictionis & imperii mixti: verum lectio Hottomanni à Tr. improbata veritati & proprietati rerum ipsarum convenientior, per ea quæ dicuntur *th. seq.*

Plane à iure Romano aliena.] Recte improbatur ista definitio, non tamē tam ex textibus allegat, quam ex hac certissima ratione, quod cum mixtum imperium subserviat iurisdictioni simplici, quæ ex ipsa Dd. sententia mercenario officio iudicis expeditur, illud quoque eodem expediri officio necessario consequitur: eoque nō tantum à Romano, sed ab omni iure ista definitio est aliena. Quin & in possessionem missio actioni subservit, ut quantumvis Dd. exemplis utamur, definitio ista non subsistat.

Quod vero dixi hoc imperium.] Parum hoc videtur subtile, quia ista phrasis, *iure magistratus competere,* non Romanum, sed simpliciter magistratum designat. Et tamen parum imperii magistratus municipalis habet, maxime si ex sententia Dd. quam *th. seq.* Tr. sequitur, mixtū imperium quatenus nō iurisdictioni subservit, sed separatim & per se in danda bonorum possessione, restituendo, &c cōsistit, consideramus, quæ magistratus municipalis facere nequit *l. 26. ad municip.* quo sensu verum non videtur, quod, ut Tr. paulo post subijcit, Dd. perperā argumentētur à specie ad genus negative: (ita enim legendum est, non affirmative; quia hoc modo omnino

nino recte argumentamur.) Partem sane Imp. mixti habent, (quod male negat *Longovall.p 3.c.11.* ubi tamen iis pignoris capionem concedit) quantum exequendæ eorum iurisdictioni sat est: etiam amplius ex *N.* 15.

Etsi enim non potest dare bonorum possessionem.] Nulla & hæc ratio est. quia hoc est iurisdictionis, ut ostendemus *th seq*

Tamen potest iubere caveri in casu.] Nulla & hæc ratio, quia magistratus municipalis habet hoc ex delegatione prætoris: & huius quidem semel & in perpetuum, & quasi ex edicto, quod recte notat *Scip.Gent.2.cap.6.* contra *Charond. hic sub rubr. d. mixt. imper.* qui singulis vicibus delegationem necessariam putat: qua sententia admissa tolleretur delegationis utilitas, quam periculum moræ suasisse ait ICtus *in l.1. de damn. infect.*

Multa dictionem.] Cuiacii sententiam istam quam sequitur Tr. satis solide confutant *Scip. Gent.1. de iurisd. 7.* cuius scrinia non compilo: *adde Muscron. hic. n.110.*

Ex quibus omnibus & hoc.] Ex sententia Tr. posita *th.seq.* non sat bene hoc deducitur: cæterũ sententia ista verissima est, quam etiam proposui *th.prec.lit.a.* Nimirum ita res se habet: coercitio, coactio & violentia ad criminales causas pertinent, in quibus ultro sententiæ non paretur: in civilibus debitores ipsi agnoscere bonam fidem, & in iudicio, sponte sua sententiæ satisfacere solent: sed quia hic quoque non raro sunt morat ores, refractarii, propter hos ipsa necessitas suasit, partem aliquam ex imperio decidi, & iurisdictioni adiici, quatenus huic tuendæ & exequendæ satis esset. Hæc imperii portio, adiecta iurisdictioni, quæ sine illa futura esset elusoria, vocatur imperium mixtum. *arg.l.ult.de offic. eius.* &c. Quæ scilicet prima ratio fuit constituendi Imperii mixti, licet quædam ei adiecta fuisse concedi possit. Ex his apertum est, diversam utriusque essentiam, diversos actus & effectus esse, falsamque adeo sententiam Cuiacii, quæ olim fuit antiquorum quorundam, relata à *Gl, in l.3.h.t.* duo illa confundentis, & quicquid imperii est, idem iurisdictionis, & vice versa esse, affirmantis: licet eum sequantur *Scipio Gent. 1. de iurisd.c.2. & 3. Obrecht.c.2.nu. 16 Cabot. 2.disput. 9.* & ante hos omnes *Baro de iurisdict & imper. Charond. ibid sub rubr. de mixt. imper.* & sibi contrarius *Don.17.comm. 8.* dum unum idemque & Imperij & Iurisdictionis recte dici ait: quos mirari licet hoc argumento, quod iurisdictioni imperium mixtum cohæreat, eique insit, sententiam suam adstruere, quæ ex hoc ipso solide confutatur: quippe si cohæret, si adiunctum est, si subservit iurisdictioni, si ea mandata transit, si quædam magis imperii sunt, si quædam nec imperij nec iurisdictionis *l.6 de tutel.* ea diversa esse necessario efficitur: & vero ea vis veritatis est, ut contrariæ sententiæ autores ipsi hanc differentiam agnoscere cogantur: *Obrecht. d.loc.* admittit in abstracto hæc diversa esse, & utrumque sua distincta habere munera, quod & fatetur Charõd & apertius *Scip.Gent.* qui *lib.1. cap.5* imperium mixtum definit modicam Iurisdictioni cohærẽtem iurisdictionem, *& c.3.* scribit in hæc verba, quæ quia rem totã explicant, adscribam. Si consideramus materiam, (id est, obiectum) circa quam, non differunt iurisdictio & imperium mixtum. Utrumque enim pertinet ad causas civiles & pecuniarias. Quod si non res, sed vim ipsam atque naturam iurisdictionis & imperij mixti spectamus, iurisdictionem esse dicemus ius cognoscendi & statuendi de causis civilibus mixtum imperium vero potestatem. quæ iurisdictioni cohæret, eius tuendæ & exequendæ gratia: Hactenus ille. Exemplis hæc res illustrari potest, altero iuridico, quod pacta adiecta, quæ contractibus inesse, eorumque partem facere dicuntur, perpetuo tamen à contractibus distinguuntur: altero ex Ethicis, quod prudentiæ & virtutis moralis, indissolubilis est nexus, ita ut utraq; ad unam eandemque actionem absolvendam, diversis tamen functionibus, concurrat, secundã quod eleganter *Aristot.6.Eth.12.* τὸ ἔργον ἀποτελεῖται, κατὰ τὴν φρόνησιν, καὶ τὴν ἠθικὴν ἀρετήν· ἡ μὲν γὰρ ἀρετή, τὸν σκοπὸν ποιεῖ ὀρθόν, ἡ δὲ φρόνησις, τὰ πρὸς τοῦτον: & tamen prudentiam & virtutem moralem, diversa esse & revera inter se distincta, nemo unquam negavit. LIT C.

Quia cum cognitione, &c.] Ratio hæc appellationis, quod cum cognitione de criminibus nihil habeat commune, sed à lege specialiter deferatur, vera non est: vel quia præsupponit falsũ cognitionem criminum non esse imperii meri, de quo mox: vel quia specialis concessio non facit, ut aliquid dicatur merum, alias multa extra illius imperii causas mera dicenda essent: vel quia hoc sensu etiã portio illa imperii, quæ annexa est iurisdictioni, & a cognitione causarum civilium revera distincta, merum imperium vocari posset. Et constat inde merum dici, quia stat

per se, non subserviens iurisdictioni, secundum dicta sub finem lit. b. quod ipse Tr. in allegg. innuit, dum ait merum dici respectu mixti, quæ etiam est tertia ratio *Br. in l. 3 h. t. & comm. Dd teste Ias. ibid. colum 6* quomodo hoc explicant *Bart hic Cabot 2 disput. 5. in pr. Obrecht c. 3. nu 16. Duar. de Iurisdict. cap. 3.* & quomodo merum officium Iudicis, merum factum, conditionem meram, merum Ius gentium dici notant. *Idem Coras. 3. misc. 17. Musc. numer. 39. Paurm. 1. de Iurisd 1. num. 12. Duaren. in l. 3. hoc tit.* quod sane accipiendum, ne quis inde ius cognoscendi vel pronunciandi excludat: Et ergo inepti, qui merum Imp. inde dictum putant, quod sit separatum a privata utilitate *Cyn. in l. 3 h tit. num. 1. & 10.* (eadem ratione mixtum esset merum, quia separatum a publica) qui mixtum Imp inde quod participet de mero & de iurisdictione *Gl. & Br. in l. 3 num. 14. Cyn. ibid. numer. 4. & in l. 1. de offic. eius num 7.* unde dictum participium à *gl* quam sequitur *Zas. in d l. 3. num. 3. & 17.*

Sed à lege specialiter.] Ex oppositione imperii ad cognitionem necessario sequitur hæc conclusio: cognitionem de criminibus, specialiter lege non deferri. Quod verum non est, quia cum hæc duo, Iure magistratus competere, & lege speciatim deferri opposita sint sine medio, utique cognitionem illam iure magistratus non competere certum est.

Sed plenius videamus de eo, quod Tr. affirmat, merum Imperium nihil habere commune cum cognitione super criminibus: quod ille videtur probare initio *lit. c. ex l. 3. h. t.* quod cum ibi mixto imperio dicatur inesse iurisdictio consequenter non insit imperio mero. Verum non dubie *in d. l 3.* intelligitur iurisdictio simplex, & quod recte Dd. tradunt, & sequuntur *Fr. de Claper. concl. 2. Cabot. 1. disput. 7. Musc. hic n. 16.* ipsa criminalis iurisdictio est imperiũ merum & sub huius appellatione etiam cognitio & iudicatio in criminalibus continetur. *Paurm. 1. de Iurisd 11. & c. 15.* Eoque improbanda sententia Charondæ, & ante eum *Gillot. 1. de Iurisd. 8. & 10. & lib. 2. c. 2. & 4.* qui imperium merum tãtum putat esse in exequendo, quam sententiam probari à Tr. apparet ex lit. a. & quod th. 1. potestatem statuendi & exequendi tanquam distinctas species opponit. Utique 1. tres tantum sunt termini, imperium merum, mixtum & iurisdictio simplex. 2. In condemnatione præcipua pars imperij est *argum. l. 2. §. 23. de O. I.* ex quo Tr. th. 2. imperium merum probavit, ius autem dicere de capite non est exequi. 3. Quod *l. 1. de offic. eius*, quæ imperium merum mandari posse negat, non potest intelligi de sola executione. Sed videri possit Tr. cum cognitioni opponat imperium, sub hoc comprehendere etiam pronuntiationem, quæ est sententia Obrechti *c. 2. num. 9. & c. 3.* à qua nec alienus *Suer. in rep. lect. 6* Verum præterquam quod repugnat definitio, quæ dicit potestatem exequendi, etiam inepte iurisdictio criminalis, quam contra Dd constituit Obrecht & a mero imperio distinguit sola cognitione & notione definitur: siquidem proprie loquendo, qui cognoscit, non dicit ius, sed cognoscit, ut recte ius dicat: itaque cum cognitio sit quiddam antecedens, et fini, ut recte ius dicatur, male illa in quibuscunque tandem causis, a potestate iuris dicundi, & sententiæ ferendæ separatur Cæteroquin illa ad iurisdictionem in civilibus & in criminalibus ad merum imperium referenda est. Siquidem ejusdem potestatis est cognoscere & pronuntiare: *& in l. 6. de offic. proc. in pr.* non obscure cognitio ipsi animadvertendi juri accensetur. Ex quo judicare licet falsum esse quod ait *Obrecht. c. 1 in fin.* concessa iurisdictione in genere contineri quidem iurisdictionem criminalem, sed non imperium merum. Cæterum pro Tr. hoc dici posset, quod cum in civilibus cognoscend & statuendi facultas à facultate exequendi separata, & illa quidem iurisdictionis, quin & nudæ notionis, hæc autem imperij mixti sit: eadem ratione in criminalib. executio & irrogatio pœnarum a cognitione separanda esse videatur. *Resp.* à diversis male inferri: cognitio & decisio causarum civilium concessa magistratibus, nomen iurisdictionis assumpsit causarum criminalium, quam populus sibi reservavit, nomine imperii appellata fuit. Et quidem de verbis pugnandum non est, neque impediam, quo minus iurisdictio criminalis dicatur, sed hoc posito & sententiæ ferendæ & exequendi ius ad eãdem referam, quod hic non possit imperium dici annexum iurisdictioni, alias non merum sed mixtum fuerit, & non accessorie, ut in civilibus causis, sed principaliter jus exequendi venit. In civilibus sententia per obliquum executioni mandatur vi imperij mixti, & plerunque diversum ab ipsa sententia mixto imperio decernitur. in criminalibus sententiam prout lata est, per lictores iudex exequitur. Utique potestas animadvertendi ex qua imperium merum definitur *in l. 3. hoc tit.* procul dubio jus condem-

demandi comprehendit.

THESIS IV.

LIT. A.

Iudicis dandi licentiam iurisdictioni.] *per l. 3. inf. h.t. Cyn. in l. 1. eod nu. 10. Ias. in l. 1. de off. eius, col. 7.* ubi cuivis etiam minimo magistratu competere ait. *gl. & alij Dd. in d. l. 1. h. t.* Dubium hoc recipit, tum quia per *l. 12. de iud.* magistratibus municipalibus iudicem dare non licere probatur, qui tamen capi iubendo, & quod ijs Tr. concedit, mulctã dicendo, cogere possent; tũ quod *in d. l. 12.* hoc adscribitur vi imperij, & simul speciali concessioni acceptũ refertur: tum denique, quia in iudicis datione nulla neque causæ cognitio, neq; definitio est; Neque satisfacit responsio T. *in fin huius lit* vel quia ex eo quod iudicis datio competere dicitur ijs, qui mixtum imperium habent, huius potius esse dare iudicem efficitur vel potius quia *in d. l. 12.* non de effectu & executione dationis, sed de ipsa datione quæritur. Explicatio *Duar. loco citato, & 1. disp. 53. & in l. 7. de pact. & ad tit. de iurisdict. c. 2. & Don. 17. comm. 6.* non incongrua est, quod prætor præscribendo formulam, secundum quam iudicari debeat, hoc ipso ius dicere videatur: attamen aliud est formulam præscribere, aliud iudicem partibus dare & addicere. Ideoque plerique ad mixtum imperium referunt, quos sequitur *Charond. hic. rubr. d. Imp. mixt. post Iaso. in l. 3. h. t. col. pen. & Baro* (ex inepta ratione quod fiat per decretum) *Obrecht. c. 1. n. 34. & fere Cabot. 2. disput. 9.* Sed Bocerus *c. 3. nu. 7.* catenus esse iurisdictionis, quatenus huic cohæret. At qui in ita etiam mixtum imperium, fuerit iurisdictionis: & idem tamen *c. 1.* refert sub iurisdictionem extraordinariam, quæ fit à lege, cui repugnat *d. l. 12.* ibi, *more maiorum,* & quod lex magistratum constituens, ipsum potius vult iudicare. Simpliciter dicam, eatenus esse & dici iurisdictionis, quatenus prætores quod initio propter occupationes & dignitatis tuendæ gratia faciebant, postea simpliciter & indistincte, permittente tacite populo, fecerunt, & inde hanc quasi formam iurisdictioni suæ dederunt, ut per iudices cognoscerent & iudicarent. Verum quod ita moribus Romæ receptum & permissum fuit, propter dignitatem magistratus, quo referri debet, quod de vi imperij dicitur *in d. l. 12.* ad alios porrectum non fuit, neque municipales, neque provinciales, sed ut his judicem dare liceret, Lege vel Scto opus fuit. de quo etiam *Scip. Gent. 2. de iurisdict. cap. 10. & 14.* Cæterũ mixto imperio hoc minime adscribendũ est, quia neq; ad tuendam aut defendendam iurisdictionem, multo minus ad exequendũ pertinet.

LIT. B

Mixtum imperium in danda bonorum possessione.] Communissima hæc sententia est, quam certatim sequuntur neoterici, *Duar. Egnin. Char. Boc. c. 3.* exceptis paucis, *Longov. Govean. Fr. de Claper. A. Fab.* qui iurisdictionis esse statuunt, quibus ego calculũ meum addo; quod iuxta notatã *lit. h. in fin. th. praced.* mixtum imperium nihil aliud est quam portio quædam ex imperio quod ad causas criminales pertinet, decisa, & necessitatis gratia iurisdictioni tuendæ, explicandæ & expediendæ, sententijs, & decretis exequendis, adjecta. Quod ita se habere & ratio suadet, & ipsa appellatio, & textus non obscuri *in l. 1. §. ult.* (ubi imperiũ mixtum dicitur cohærere iurisdictioni) *& l. ult. de offic. eius* &c. Ubi, ex eo quod dicitur, esse Iurisdictio sine eo nulla, hoc illi subservire, consequitur. Atqui quomodo dare bonorũ possessionem coercitio vel iurisdictioni cohærere dici, aut quomodo cuius respectu, & cum quo mixtum dici possit, minime apparet. Illa enim inepta ratio quorundam, quod cognitio aliqua præcedat decretum: quia ita omnes sententiæ mixti imperij, dicendæ essent. Equidem *Scip. Gent. 1. de iurisd. c. 6.* hoc ipsum quod hic nulla coercitio sibi objicit, & respondet, esse hoc quidem imperii, sed non semper imperio opus Quæ manifesto inepta respõsio est, ex qua non, dare bonorum possessionem, vel alia id genus; sed quæ illa consequuntur, executionem concernentia. Imperii esse consequitur: & quod vere imperii mixti dicitur, illo posito hoc quoque poni necessum est: & secundũ illam respõsionem etiam sententia cui sæpe ultro paretur ad imperium mixtum referri posit. Constituamus igitur, cum prætor decernit alicui bonorũ possessionem, cum iurisdictione sua, ex qua etiã edicta esse dicuntur, uti, non imperio mixto. Neque obstat sententiæ nostræ *l. 3. h. t* si cum Ant. Fabro levissima mutatione, pro *quod,* legatur, *quæ* idque suadet particula sequens, *etiam,* quæ aliud exemplum iurisdictionis præcessisse arguit. Neq; ideo vitiosa hæc explicatio, quod secundum eam in *d. l. 3.* nullum foret exemplum imperii mixti: quia I. mixtum imperium aliquid indefinitum, variis causarum generibus accommodatum, quippe iurisdictioni inserviens. II. quia propositum Ulpiani illud solummodo fuisse videtur, ut mixtum imperium à mero discerneret. Hoc autem optime adsecutus est illis verbis *cui iurisdictio inest.*

Hæc

Hæc enim vera differentia mixti imperij à mero, quod hoc cum iurisdictione nihil habet cōmune. Aliæ lectiones, distinctiones & emendationes *d.l.3.Gov. Longeval.Fr.de Clap. & aliorum*, vulgo notæ sunt: *& à Cab.2.disput.8 Boc 3.num.1.Paurmeist.1.de Iurisdict cap.13.* aliis relatæ. Plane mutatione aliqua nisi lectionem Holādr. sequaris textus opus est, neque ferri potest, quod *Boc.c.3.numer.1* olim se putasse ait, dare bonorum possessionem esse quidem iurisdictionis, sed eo respectu dici imperii mixti, quatenus non parentes coercentur: neque quod *Duaren. advers.Baron.* propter coniunctionem cum iurisdictione Imp.mixti, ad hoc refert. Etenim Ulpianus in ipsa datione possessionis iuxta vulgatam lectionem, imperium mixtum reponit: & cum eo sensu omnes sentētiæ & decreta mixti imperii essent, Ulpianus contra omnem docendi, definiendi aut describendi methodum, naturam imperii mixti ita explicasset, imo nec explicasset.

Huc tamen non refero agnitionem. Nullum enim hic decretum neque imperium, quod autoritas ipsius legis facit bonorum possessorem, ideoque magis est ut sub iurisdictionem voluntariā hodie sit referendum, *cum Mart part.4.dist.18.Don. 17.comm.8.* quos sequitur *Th. Michael th. 108. Simpliciter eam faciunt Iurisdictionis gl. & Cyn. in l. h t.in 6.*

LIT. C.

Restitutionem in integrum.] Hæc communissima itidem sententia, (quam secutus *Claper. conc. 17.* restituere ad primum Imp.mixti gradum refert: *Coras 3.misc.17.*) ex paulo ante disputatis confutatur: quia ut recte disputant *Longevall. And.Fab Gov.* in hoc nulla est coercitio, neque hoc iurisdictioni cohærere, ei annexum esse aut subservire dici potest. Sed obiicitur *l.ea qua 26. ad municip.* Resp. I. inde vitiose colligi utpote ex puris negativis: velut ita male inferatur: Quæ magis sunt imperii, non potest facere magistratus municipalis: atqui hic supra 300. solidos non potest cognoscere: ergo hoc est imperii. II. cum Goveano ad *l.3.h.t.* duas esse quasi partes sive gradus iurisdictionis alteram humiliorem, quæ exerceatur remedio ordinario actionis, & ut Dd.loquuntur officio mercenario: alteram digniorem & splendidiorē, quæ exigat tribunal & solennem causæ cognitionem, & fere nobili iudicis officio expediatur. III. quod vox imperii sit πολύσημος de quo late *Paurm.lib.1.cap.8.* & in *d.l.26.* non intelligendum Imperium mixtum, sed potestatem & autoritatem prætoris, eo sensu, quo magistratus maiores cum imperio esse dicuntur *l.32.de iniur.* opponuntur iis qui sunt sine imperio, sive municipalibus, quos inter maiores magistratus absurde refert *Gillot. 2 de iurisd.c.8* vel etiam minoribus Romæ, ut notat *Scip. Gent.1.de iurisdict. c.2.* quomodo etiam imperii verbum sumitur *in l. 8. & ult. de offic.proc. l.3. & 4. d.offic eius.l.12.de iud. & in l.3.d.adopt. §.1. l. eod l.7. §. si paci,car 14.de pact l.1.ad L.Iul maiest. l.pen. de Iust. & Iur.* Eoque hæc sententia est *d.l. 26.* ea quæ propter potestatem imperii, & iis magistratibus, qui cum imperio sunt, competunt, ea non competere magistratibus municipalibus. Nimirum iurisdictio consideratur vel absolute, vel ad rationem iuris civilis, quod prætorio opponitur: restituere in integrū, possessionē bonorū dare, quia hoc modo succurritur iure civili exclusis, iurisdictionis quā à iure civili accepit prætor dici non possunt, sed possunt, dici & dicuntur recte iurisdictionis à prætore iure magistratus ampliatæ & secundū hæc etiā edicta, quæ passim ex iurisdictione prætoris esse dicūtur, imperii quoq; dici possunt Ergo, ut cōcludamus, De Imperio mixto omni & integro agi *in l.1.§. ult. & l.ult de off.* & illud cū *Ant.Fab. Gov.Longov p.3.c.2. & 7* dicimus esse, modicam coercitionē iurisdictioni cohærentē, subserviētē, vel iurisdictioni cōnexā ei tuēdæ, & explicādæ, & exequendæ potestatem. Hæc sententia, (ea vis veritatis est) plerorūq;, qui à nobis diversi restituere in integrū, & alia id genus mixti imperii faciunt, autoritate confirmatur. *Fr. de Clap.conclus.3.* mixtum imperium coercitionem modicam iurisdictioni accedentem & famulantem vocat *Suerin.rep lect.6* mixtum Imp. cohærere iurisdictioni per accidens, ut nervos habeat. *Coras.3.mis.17.* servire iurisdictioni. *Fach. 9.contro.95. & 96.* esse positum in executione & expeditione, & *Duar.hic cap.7.* agnoscit, mixtum Imp. esse illud ipsum de quo tractatur in *l. 1.§.ult. & in l.ult.de offic.eius Vaud.2 quæst.35.* modicam coercitionem eius, qui habet iurisdictionem, hucusque subsidium. *Don.17.comm.6.* potestatem coercendi, cohærentem iurisdictioni quantum ad causam civilem civiliter exsequendam sufficit *Scip. Gent lib.1. cap. 3. & 5.* potestatem cohærentem iurisdictioni huius tuendæ & exequendæ gratia: & *Treut.th.2.lit.c.* coercitionem modicam & executionem iudicati & *th.3.lit.a* iurisdictionem in coercēdo positam & *lit.b.* potestatem exequendi in causa civili

civili

civili: quibus positis sententiam nostram necessesse obtinere. His ita constitutis sequentes variorum opiniones damnamus. I Omnia quæ decretum & causæ cognitionem desiderant, esse imperii mixti: quæ sententia est *Baronis hic Scip. Gent. libr 2. cap. 28. & 29 post Bart. & Dd. in l. 3 h. t.* qui hujus generis omnia in tertio & quarto imperii mixti gradu collocant. Equidem qui decernit jus dicit, & decreta sententiæ sunt: & cum prætor ipse non judicet, hac opinione admissa nihil relinquetur jurisdictioni, aut utique jurisdictionis angustissimi, Imperii mixti amplissimi erunt termini, repugnante ratione, & aperto jure, in quo ubique de jurisdictione, vix uno aut altero loco de mixto imperio videas tractari. II. consequenter, imperii mixti esse omne jussum: quæ sententia est prædictorum. *& Boceri cap. 3. n. 8. & cap. 6. num. 11.* quia jussum latius patet quam imperium. & utique coercere non est jubere, ut recte *Gillos 1 de Iurisdict 6.* & amplius non omne imperium mixtum imperium est, ut supra explicatum. Ex quibus potest judicari de sententia, *Bl. in l. 3 h. t. num. 14.* mixtum imper esse: aliud magnum, quod consistat in ordinaria jurisdictione: aliud minus, quod in summaria: aliud minimum, quod in voluntaria: quo quidem nihil absurdius aut falsius fingi potest. III. Mixtum imperium esse præstantius & nobilius jurisdictione, & hanc quasi illi subservire: quod sententia ex Diametro adversa responsis ICtorum in *l. 1. §. ult. & l. ult. de offic. ejus* probatur *Fr. de Clap concl. 16. & 24. Thom. Mich. th. 99* post Dd relatos & probatos *à Ias. in l. 3. h. t. col.* 3. quo in effectu inclinat *Don. 17. cõm.* 8. Jurisdictionem contineri Imp. mixto. IV. Mixti imperii esse, per quæ resciinditur actus jure civili validus. *Donell 17. comm.* 8. *Suerin rep. l. 6.* quia imo etiam emendare jus civile & stricto jure læsis succurrere, jurisdictionis est prætoriæ. V. Mixti esse imperii quæ fiunt citra contradictionem partis adversæ *Corras. miscell. 17.* quia nihil hoc ad essentiam mixti imperii vel jurisdictionis. VI. Mixtum imperium aliud cohærere jurisdictioni, aliud ei inesse. quæ per se, recta explicatione, eadem, ad inducendos diversos effectus, diversa facit *Menoch. 1. arbitr. 74. num. 20.* VII. Mixtum imperium aliud esse principale aliud incidens *Musc. concl. 3.* quia una natura & essentia est hujus imperii, de qua supra VIII. Aliquod imperium cohærere jurisdictioni, quod tamen non sit mixtum. *Musc. d. loc.* quoniã ideo mixtum dicitur, quia cohæret jurisdictioni, & imperium quod non mixtum est jurisdictioni cohærere recte non dicitur. IX. Mixtum imperium aliud esse quod insit jurisdictioni, aliud ex adverso, cui jurisdictio tanquam accessoria cohæreat & insit. Quæ opinio *Bocer. cap. 3 num. 8. c. 16. num. 11.* & ante eum *Gilloti 2. de jurisdict. 10.* manifesto est commentitia & falsa: quod jurisdictionem quandam imperio accessoriam facit: quomodo non imperium mixtum, sed jurisdictio mixta dicenda esset. licet non admittat *Don. 17. comm.* 8. & ita res diversissimæ, jure & ratione repugnantibus, sub unum genus imperii mixti referentur, & omnino omnia confunderentur, neque mixtum imperium respectu meri, quin etiam merum, quippe cui cognitio semper annexa, mixtum recte diceretur, & contradictione quadam mixtum imperium nõ esse mixtum: sicut nec minus vitiosa apud eundem Bocer. ibidem posterioris speciei distinctio quod aliud jure magistratus competat, aliud specialim lege deferatur, & unũ idemque, verbi causa tutorem dare, respectu cognitionis ad jurisdictionem, decreti ad mixtum imperium deferatur; quomodo quidem fœda confusione idem ad jurisdictionem imperium mixtum, quin & merum referentur, & nihil plane in hac materia constanter & certo poterit affirmari. X. *in l 1. §. ult. & l. ult. de off. ejus.* non agit de toto imperio mixto, quæ sententia est eorum omnium qui decreta imperii mixti faciunt: Etenim, ut diximus una natura est imperii mixti, neque res plane diversæ sub illud referri possunt. XI. *In d. l. 1. & ult.* plane non agi de imperio mixto, sed de coercitione quadam criminum leviorum, magistratibus permissa. Quæ sententia *Paurmeist. 1. de jurisdict. 9* omnino commentitia est. & tum expressis verbis textuum, tum ex eo refutatur, quod rationem hanc simul transeuntis coercitionis reddit ICtus, ne jurisdictio mãdata sit elusoria. XII. Etiam coercitionẽ quæ jurisdictioni cohæreat, non esse mixti imperii *Cyn. in l. 3. h. t. nu. 11. Ias. post Dd. l. 15. qui man. de off. ejus colum. 7* XIII. Mixtum imperium etiam subservire executioni criminum. Quæ sententia ejusdem *Paurmeist. d. loc. & c. 15. num. 8 in fin.* plane nova singularis, & ita absurda est, ut nec egeat confutatione. Et XIV. tandem, mixtum Imp. esse omnem potestatem jubendi & coercendi, quæ præcedat sententiam cum cognitione causæ, etiam in criminalibus. *Gillot. 1. de jurisd.* 10. Et hæc sententia ut ab usu juris omnino abhorrens confutatione indigna est:

Sicut nec illa *Br. in l. 3. h. t.* quia in primo & secundo Imp. mixti gradu collocat reservata quædam Jurisd. principia.

Mixtum imperium mandari posse.) Posita Dd. sententia, de ijs quæ mixti sunt imperij, verum hoc est & recte consequitur, licet *l. ul. C. ubi & apud quem*, ius novum videatur constitui à Justiniano. Apertius probatur, ex *l. 4. de off. eius*, dudũ explosa inepta explicatione Dd. qui *d. l. 4.* ad cognitionem restringunt, de quo etiam *Scip. Gent. de iurisd. cap. 24.* Et per regulam iuris, quod ubi cognitione causæ & decreto opus sit, prætor desideretur: non mandatarius, sed iudex pedaneus & magistratus municipales excluduntur. Adeoque apertus error est Dd. quos sequitur *Ias. in l. 1. de off. eius col. 6. & 7.* omnia quæ non possunt facere magistratus municipales, censeri concessa specialiter & in privilegium magistratibus maioribus. Cæterum secundum nostram explicationem hæc consequentia nulla est: quippe quod imperium mixtum non stat per se, sed cohæreat iurisdictioni, quod adeo si seorsim mandaretur, contradictione quadam futurum esset imperium non mixtum. Neque obstat *l. ult. de off. eius*, quod diversa sint, mandari per se, & mandata iurisdictione transire. Sed ne videamus argutari in verbis, equidem cum variæ species sint coercitionis, in qua consistit hoc imperium, non recte istud mandari posse indistincte negabitur. Plane vix est, ut extra casum mandatæ executionis, eiusque non simplicis, exemplum huius rei dari queat *arg. l. & si non C. si contra ius*, &c. quo casu an etiam executor habeat ius cognoscendi, *Mynsing. 3. obser. 19. Scip. Gent. lib. 2. c. 30.*

LIT. D.

Incarcerationem.) Hoc recte, quod mixti imperij facit, cuius vigore potest iubere magistratus in vincula duci: sed illud male, quod improbat eos, qui etiã volũt esse meri imperij, videlicet in causis criminalibus. *Obrecht c. 7. n. 26 Bocer. cap. 5. n. 14. Scip. Gent. lib 3 cap. 10.* ubi recte notat, post *Zas. in l. 3 hoc tit. num. 47. Ias ibid. col. 13 in fin. & seq* quarundam coercitionem species mero mixtoque imperio esse cõmunes. Inepte vero *Muse. num. 87.* facit Jurisdictionem quo casu aliquem inferior magistratus in carcere detinet, dum mittatur ad superiorem: quia hoc nudi est ministerii.

LIT. E.

Mulcta dictionem. Eiusdem generis hæc coercitionis species est, & proinde male aliquando meri imperij esse negatur.

Quorum sententia eatenus) Duplex hic vitium est: & quod pœnam pecuniariam quæ in locum corporalis succedit mulctam appellat, & quod ita opponit inter se istas species, quasi ex causa criminum quorumcunque tantum corporales pœnæ imponerentur, siquidem eatenus tantum pœnam pecuniariam imperij meri facit, quatenus ista in locum corporalis subrogatur.

LIT. F.

Quoties prætor pollicetur.) Primo hæc sententia falsa est: quia si omnia iussa decreta edicta prætorum mixti imperij sunt, quid tandem erit iurisdictionis prætoriæ? & illa iurisdictionis esse iam supra probatum est. II. dupliciter sibi contrarius est Treut. tum quod *th. 2. lit. e* mixtũ imperium definit potestate coercendi & exequendi: tum apertius, quod hæc ipsa *th. lit. a.* iudicem dare dixit esse iurisdictionis simplicis.

Habuit olim prætor.) Parum subtiliter prætor afficitur, vel quia mixtum imperium iurisdictioni adhæret, *th. 1. lit. a. & th. 3. lit. b.* vel quod ipse *d. th. 3. lit. b.* etiam municipalibus magistratibus imperium mixtum tribuit.

LIT. G.

Primores collegiorum.) Restringitur in alleg. ad causas, quæ illorum iurisdictionem concernunt & ergo intelligit imperium subserviens iurisdictioni: atquin hoc non convenit exemplis plerisque hac th. propositis, dationi bonorum possessionis & restitutioni in integrum, quæ primores isti facere non possunt, & tanto minus excusatur Tr. quod utitur his verbis, Lit F. *hoc imperium mixtum.*

Quid de rectoribus.) His ita tribuit imperium mixtum, ut non obscure neget imperium merum: Et tamen contrarium docet ipsa rei veritas: & licet forsassis non omnes imperij meri gradus omnes Academiæ habeant, Attamen etiam in secundo vel tertio gradu, consistit Imperium merum, iuxta tradita ab ipso Treut. th. seq. Sed illa alia quæstio est, an Academijs ex *auth. habita C. ne filius pro patre* hoc imperium merum defendi possit: quod affirmat *Gloss. in d. auth.* quam refert & sequitur *Bart. Scip. Gent. 3. de iurisd 17.* cuius tamen rationes non usque adeo magni momenti, & illa nullius, quam ex verbis, debitum vel delictum desumit: quippe quod loci istius hæc sententia sit, quod studiosi propter debitum, vel delictum alterius non debeant molestari repræsalijs vel arrestis. & facile fuisset

impera-

imperatori, causarum quoque criminalium mentionem facere; & ratio privilegij à miseratione petitur: fac, quod Imperator Fridericus (licet an Frider. 1. an. 2. ista auth. adscribi debeat, non satis sit liquidum) apud *Petrum de Vineis 3. epist. 11.* in fundatione studij Neapolitani, alijs privilegijs hoc adjungit, ut scholares in Civilibus sub ijsdem Doctoribus & Magistris conveniantur, de quibus etiam causis accipit istam Auth. *Petr. Heig. 2. quæst. 11. num. 5. Musc. hic nu. 76.* Cæterum quicquid sit, consuetudo optima legum interpres, in ista auth. verba, *negotium, lis* etiam de causis criminalibus explicavit: & Academias utique Germaniæ etiam jus statuendi in criminalibus usurpare sibi videamus: Quod ad inferiorem gradum imperii meri referendum censet. *Scip. Gent. d. loc.* quæ olim fuit sententia *Iacobi de Arena*, qui referente & probante *Cyn. in d. auth. habita nu. 5.* inter crimen atrocius & minus atrox distinxit: quod sequitur *Sichard ad d. auth. habita num. 11.* Plane hac in re observandæ sunt consuetudines locorum, ut recte monet *Clar. §. fin quæst. 35. num. 23* quod Academiæ aliæ alijs diverso, & quædam etiam pleno meri imperij iure utantur.

Quorum sententia in scholis Italicis.) Mixto imperio propriè sumpto, iuxta *th. 2. lit. e.* pro potestate cohærente & subserviente iurisdictioni, istam sententiam veram non puto argum. *l. ult. de off. eius*, quod inanis futura sit iurisdictio, dempta potestate eam tuendi & exercendi: & quod Imperator Fridericus *d. epist. 11. lib. 3.* in civilibus Scholares vult conveniri coram Rectore, procul dubio simul etiam cocedit potestatem illam natura sua iurisdictioni annexam: & male consultum esset studiosis si in puncto executionis alijs magistratibus subijcerentur.

THESIS V.

LIT. A.

Exequendi potestatem.) Cōtinuat errorem *th. 3.* imperium merum tantum consistere in exequēdo: siquidem isti potestati accommodat descriptionem *l. 3. h. t.*

Quæ dicitur potestas.) Non una est hac de re interpretum sententia. Pro definitione non obscure habet Treut. quæ olim fuit sententia *Ang.* referente *Iason. in l. 3. h. t. in pr.* sequitur *Long p. 2. c. 1. Scip. Gent. 3. de iurisdict.* qui perfectam definitionem putat: quod tamen non admitti potest, nisi à principaliori & à maiori parte sui. *Cui in l. 1. de offic. eius, ad P. Fach 9. cont. 94.* definitionem sumptam existimes, quod summus hic gradus imperij meri, irrogare pœnam mortis, quam per gladium ideo significavit ICtus, quod tum tēporis hoc genere pœnæ à magistratibus mors inferri solebat damnatis *l 8. de pœn. Pet. Fab. in l. 70. de R. I. Cabot. 2. disp 5.* Plane perfectior erit definitio, si dicamus potestatem animadvertendi in facinorolos: omissa voce gladij: quod etiā placet *Duar. in l. 3 h. t.* quia min⁹ accurate dicitur potestas gladij vel alterius coercitionis, quæ verba addenda putant *Cabot. & Pet. Fab. dd. locuex l. 70 de reg. iur. & l. 6. de off pr.* quæ tamen sub intelligi posse existimat *Sucr. repet. lect. c. 6 Long. p. 2. c. 1. in rep. l. 3. h. t.* Secundum quæ defendi potest improbata à Tr. *Muscorni sententia in d. l. 3. h. t.* intelligi gladium materialem quomodo accipitur gladius *in l. 8. §. 1. de pœn. l. 6. §. pen. de off præs l. 6. §. 6. de iniust. testam.* cum præsertim ipse Musc. verbum illud aliquando generalius sumi non diffiteatur. Alij tantū per exemplum declaratum putant imperium merū, *Obrecht. c. 3. nu. 19. Musc. nu. 42. Zas. in l. 3. h. t. nu. 5. gl. & Br. ibid. in pr. & comm. Dd. attestante Ias. in l. 3. h. t. col. 2. Gillot. 1. de Iur 7. Long p. 2. c. 4 Panrm. 1. d. Iurisd. 14.* Alij metaphoram in verbo gladij constituunt quos non improbat *Pet. Fab. in d. l. 70. de reg. iur. Delrio in l. 18. C. de transact. nu. 16.* eamque vel synecdoches *Coras. 3. misc. 17. Duar. in l. 3. h. t.* vel signi quod in exercitione iudiciorū publicorū gladius signi loco præfigi solitus, vel quod magistratus in provincias ituri gladio ab Imper. accincti *Baro d. iurisd. fol. mihi 96, Scip. Gent. lib. 1. c. 5. & lib 3. c. 3.* Bart. definitionem mihil moror, quam tuetur Musc. & licet defendi possit, etiam accusationem nobili iud. officio expediri, de quo prolixe *Musc. nu. 65. & seq. quod tamen negat Bal. in l 3. h. t. n. 2. Ias. ibid. col. 3.* utique tamen definitio illa minime naturam exprimit huius Imperij quam etiam plerique neoterici & prolixe *Gillot. 1. de iurisd. c. 1. & 2.* refutant.

LIT. B.

Ad bruta etiam animalia.) Non principaliter, sed quatenus delictum hominis annexum, ad abolendam memoriam, *cap. 4. caus. 15. quæst. 1. Levit. c. 4.* II. materialiter ratione ipsius facti, non formaliter: quo pertinet exemplum suspensi porci apud Guidonem Papæ *decis. 238.* & quod ex L. Dei *Exod. 21. vers. 28* bos qui occidit hominem, lapidibus obrui iubetur. III. in pœnam hominis, ut cum canis cum Judæo suspenditur, & bestiæ cum parricidis culeo includuntur. Illud singulare quod Draco etiā in res in-

animas, quasi animadverti voluit: ex quo statua Theogenis ob oppressum hominem in mare demersa. *Pausan. 2. Eliac.* Nam quod olim statuæ dejici, ædes dirui solitæ, partim ad exemplum, partim ad ignominiam damnatorum, eorumq; delendam memoriam pertinuit.

Cadavera defunctorum.) A composito differt cadaver, quod cum non peccaverit, nec pœnæ obnoxium est, nec puniri dici potest, quod sensu caret: quod *gl. Bl. & alii Dd. in l. 3.* ridicule probant ex verbo *animadvertendi*, quod puniatur corpus animatum. Verum cum omnis pœnæ duplex finis sit, emendatio delinquentis, & aliorū, (quo casu in exemplum pœna irrogari dicitur) quatenus nota & animadversio quædam etiam post mortem durans, exemplo utilis est, eatenus pœnæ rationem habere potest: *v. Musc. & ibi alleg. num. 47. & seq.* ubi tamen male huc refert concessionem corporum ad anatomiam; quoniam hoc non fit in pœnam.

Sed ad regalia.) Dubitari possit an recta sit oppositio regalium & imperii meri, siquidem ipse Treut. reservata principi & regalia confundit: constat autem populum Romanum initio cognitionem causarum criminalium sibi reservasse, & in jure nostro etiam imperium merum nō nisi speciali concessione transferri, quo respectu *Rosenth. p. 1. c. 1. repet. l. 3. h. t.* imperium merum accenset regalibus. Et tamē verum est, jurisdictionalia distinguenda esse, ab iis quæ potestatem supremam gubernandi rempublicam concernunt, & dicuntur jura majestatis, & ex his præcipuum, jus condendi leges, quod non satis bene principi relictum ait Treut. in signum eminentiæ: quia leges condere & alia id genus, ipsi principatus naturæ essentialia sunt: a quibus alia, quæ à jure principatus per se diversa, principis splendori & dignitati tribuuntur, & in specie reservata vocantur: plane illud constat, quod in jure nostro & iis locis quibus de jurisdictionalibus tractatur, Imperium ita non usurpetur, ut etiam imperium illud politicum, quod in administranda principis jure, belli pacisque tempore Republ. versatur, contineat.

LIT. C.

Tres gradus.) Ita etiam *Bl. in d. l. 3. h. t. num. 4. Scip. Gent. lib. 1. c. 6. & seq. Zas. in l. 3. h. t. num. 15.* eoque perspicue errat *Coras. 3. misc. 17.* qui in superioribus tantum gradibus collocat Imp. merum, eo quod etiam defensores *ex N. 15.* infimum habeant gradum. Cæterum modo in pœnis subsistamus, parum refert plures an pauciores gradus utpote in magna delictorum & pœnarum varietate, constituatur. Et sane pecuniariæ quoque pœnæ, quarum apud ICtum in *l. 28. de pœn.* & inde apud Tr. nulla mentio, à gradibus pœnarum criminalium plane excludi non possunt: ideo forsassis omissæ in *d. l. 28* quod etiam imperio mixto sunt communes: eoque non absurde duo principales gradus pœnarum, communium & propriarum, & harum porro plures.

LIT. D.

In locum ejus decapitatio.) Non capio, quomodo in locum damnationis ad bestias decapitatio successisse dicatur, siquidem & olim, quo tempore damnatio ad bestias in usu, frequentissimus etiam, & præcipuus usus pœnæ gladii, *l. 8. de pœn.* sed & olim damnationem ad bestias verum est extraordinariam magis fuisse pœnam, neque nisi in servos vel vilissimæ conditionis homines usurpatam.

LIT. E.

Attingit initio lit. controversiam ex *l. 5. §. 3. de extr. cogn.* Et ille quidem sequitur Vulteium, (qui tamen audacter textum quoque emendare tentat) & alios citatos, qui dictum textum de libertate ex jure Quiritium interpretantur, quos etiam sequitur *Scip. Gent. 3. de jurisd. 8.* Verum cum ista acceptio verbi, *libertatis*, constanti & perpetuo usui juris repugnet, rectius sentiunt, qui verba, *veluti cum aqua, &c. in d. §. 3* ita explicant, ut non speciem aut exemplum ejus contineant, quod proxime de libertatis ademptione dictum erat, sed ad regulam præmissam de magna capitis diminutione, quæ scilicet cum maximam & mediam complectatur contingit ubi libertas adimitur, vel civitas admittitur: quæ sententia est *Ant. Fabri in jur. Papi. tit. 6. pr. 1. illat. 3. in fin. Lyoklam. 1. memb. 12 Revar. 3. vari. 8.* qui in eo tamen omnes falsi, quod istam explicationē sibi arrogant, quā olim *add. l. 5. notavit Accurs.* Et hæc explicatio magis perspicua erit, si cum Alberico Gentilis in libris lectionum, dissoluta particula, *veluti*, legamus, *vel uti*, quod tanto minus improbandum, quoniam pandectas Florentinas interpunctionibus carere constat. Cæterum *Zoanett. c. 17. restit.* plane textum corrumpit. *Musc. num. 96. d. l. 5. §. 3.* ad libertatem discendendi quo velis, frigidè refert.

Hujus generis bannum imperiale.) Hoc genus pœnæ magis ad primum gradum referendum, argumento est formula sententiæ à *Gail. 2. de pace publ.*

publ. & relata. Wir setzen jhn auß dem Frieden in den Unfrieden/vnd erlauben sein Leib vnd Gut dem Kläger vnd jedermänniglich.

An etiam excommunicatio.) Sententiam negantem jure Canonico ait esse veriorem. Atqui in de jure civili nec ratio dubitandi esse potest: cæterum cum excommunicatio spiritualis quædam & animæ magis quam corporis pœna esse videatur, hoc sensu affirmativa sententia defendi possit, quod sicut deportatione ex civitate, ita excommunicatione ex Ecclesia caput eximitur: alias utique, quod excommunicatio tanquam Ecclesiastica & spiritualis pœna, civitatis jura tollat, vix quisquam dixerit.

LIT. F.

Cum perpetuo carcere non recte conjungit triremes, nisi hos quoque intelligit perpetuos. Cæterum cum sub istum gradum referat pœnas, quibus civitas amittitur, damnatio ad perpetuos carceres huc non pertinebit jure civili, ex quo ipse tantum in servis, qui jus civitatis non habent, huic pœnæ facit locum. Et tamen verbo carceris proprie sumto minus recte hoc dicitur, & *l.10 Cod. de pœn.* de vinculis, quibus servus apud dominum constrictus tenetur, tractat.

Carceris enim usus.) Minus bona hæc connexio, neque inde pœnæ huic infertur tantum locum esse recte infertur. De re ipsa agitur *infra part. 2. disp. 31. th. 4.*

LIT. H.

Ut fustigatio) Hæc non simplicem, sed gravissimam coercitionem, neque infamiam solam, sed perpetuam præscriptionem annexam habere solet: quo respectu ad secundum gradum referri possit. Neque movet, quod hic non licita transactio: quia idem in delictis & pœnis secundi gradus.

Eadem lit. relegationem ad tertium refert gradum, & Bart. & Alciat. ex hac ratione dissentire ait, quod adulterium sit crimen capitale, & ejus tamen pœna relatio. Verum injuriam facit insignem utrique: nam & apud Bart. nihil tale, & Alciatus loc. ci. hoc scribit: olim de adulterio nō potuisse transigi, eo quod capitale non esset, mutata tamen pœna hoc mansisse, ut ne transigere liceret; *l. 18. C. de transact.* quod sc. constitutiones correctoriæ stricte sint accipiendæ: Et vero adeo fatua opinio nulli ICto in mētem venire potuit: & qui ex l. Iulia adulterii pœnam relegationem fuisse statuunt, ex eadem l. capitale fuisse negant: sicut ex ea quod postea adulteriū capitale factū est, relegationem sublatam, & in capitalem pœnā mutatam, omnes admittunt.

THESIS IV.

LIT. C.

Nominatim facta concessione.) Videlicet propter rei gravitatem, in qua pœnitentiæ & emendationi erroris locus non est: & quod hanc partem jurisdictionis ipse princeps vel populus sibi reservare solet: ex quo etiam est, quod imperium merum mandari non potest.

Et enumeratione.) Hoc non immerito negare videtur *Hott. 3. obs. 12.* neque ejus rei ullum in jure nostro vestigium, neque solida affertur ratio vel à Treut. vel ab iis quos sequitur: *Petr. Fabr. in l. 70 de reg. jur. Pet. Fabr. in l. 70 de R. I. A. Fabr. jurisp. Papi. tit. 11. pr. 4. Scip. Gent. 3 de jurisd. 20. & 24. Cabot. 2. disput. 5. Bocer. hic c. 5. num. 32. Cujac. in l. 6 §. ejus qui d. injust. test.* qui omnes hic negant valere argumentum, à majori vel minori. Cæterum Fulgos. reste Muscor. hic num. 103. hanc reddidit rationem, cur præsidi non sit concessum hanc irrogare pœnam, quoniam hæc principaliter adimit jus civitatis Romanæ; eoque pertinere videtur, quod præses magistratus populi Romani esse negatur *l. 12. in pr. de accusat. l. 3 § 1. quod metus causa* de quo infr. p. 2. disput. 31 th. 1. Sed obstaquod etiam præfecto urbis Romæ jus deportandi primo datum à Severo *l 1. §. 4. de legat. 3. l. 6. §. 1. de interd. & releg.* & quod ex constitutione Antonini omnibus provincialibus datum ius civitatis: sed & in provincijs ius speciale erat civitatis, quod deportatione poterat adimi: cuius rei exemplum *in l. 1 C. de senten. pass. ibi provincia tua, &c.* Dixerit quis forte pœnam deportationis esse singularem, qua quis ita includebatur insulæ, ut nunquam inde exeedere posset, cuius rei potestas non cuivis permittenda videbatur, cum etiam certæ tantum essent insulæ, in quas rei deportari solebant, certo quodam modo & effectu, quod alias à relegatione in perpetuum non diversa futura fuisset deportatio: itaque non nisi ab eo, qui supremam in totum imperium potestatem habebat, vel cui potestas illa specialiter concessa fuisset, hæc pœna potuit irrogari. Plane non obstat *l. 6. § ult. de pœn.* vel quia sub nomine generali præsidis etiam continetur pro consul. arg. inscriptionis, vel potius quod ibi enumerantur pœnæ, sed quas irrogandi ius sit penes præsidem, postea deciditur. Non etiam *l. 1. C. de sent. pass.* quæ de speciali legato Cæsaris accipienda est, quod alias etiam præsides legati Cæsaris sint, *de quo Scip. Gent. 3. de iurisd. 28.*

Priuatus hoc imperium nunquam.] ex textibus allegatis istud non probatur, & suauis scilicet est ratio *Suer rep. lect. c. 5.* quod populus Romanus qui magistratus, consules, dictatores, cum maiori aut diuturniori imperio ferre non potuerit multo minus fuerit laturus privatum. Etenim & illos utique tulit, & quod aliquando eorum potentiam tanquam libertati periculosam suspectam habuerunt, exinde ad unam speciem imperij ad singulares causas specialiter concessam, non nisi inepta est consequentia. Et ergo rectior est sententia Cuiacij probata etiam *Cabotio 2. disput. 5. Scip. Gent. 3. de iurisd. 19. Bocer cap. 5 num. 16.* Duar. 1. *disput. 53.* Et cum totum hoc pendeat à lege vel principe: nihil impediet, quo minus hoc concedatur privato: neque quod hic ad unam vel plures causas singulares imperium merum concessum habet protinus efficietur magistratus: maxime cum Cuiacius de imperio mero non indefinite ad aliquod causarum genus, sed ad singulas causas incidentes concesso loquatur, suamque sententiam firmet *ex l. 1. §. 1. ad l. Cornel. de sicar.* ad quam vitiose respondit Treut. quod ille tantum habuerit cognitionem: Plane si universitas causarum civilium mandari potest privato, ut non protinus sit magistratus *l. ult. de offic. eius. l. 16. de iurisd.* neque concessio licet imperij meri ad actum singularem faciet magistratum. Quid quod utique causæ imperij meri à principe possunt delegari: & delegari posse privato nemo dubitabit.

Non exequendi potestatem.] Hæc oppositio executionis & cognitionis vitiosa est, quia intermedia est pronuntiatio: verum eam ad exequendi ius referendum colligitur tum ex traditis supra *th. 3 lit. C.* tum inde quod statim subijcit, cognitionem a mero imperio esse diversum, quippe quæ mandari possit. *ex lib. 6. de offic. proc.* ubi concesso nudo iure audiendi, potestas condemnandi aut absolvendi legato negatur. Et tamen errat Tr. dum simpliciter ius cognoscendi mandari posse existimat, ita ut hoc opponat ipsi imperio mero, quod extra casus specialissimos mandari nequit: quippe ita sequetur, instar iurisdictionis cognitionem super criminibus mandari posse: quod falsum esse ex notatis *th. 5. lit. C.* & ex ipsa *l. 6. de off. proc.* probatur, licet etiam speciale sit in legato proconsulis, qui tanquam vicarius quidam adiungitur, cui etiam postea à Constantino ius audiendi criminales causas datum est, *in l unic. C. de off. proc.*

Lit. D.

Absentia & infirmitatis.] Quia in hac eadem est ratio, si modo eiusmodi infirmitas sit, quæ impediat tractare criminalia: quam communem opinionem *Br. & Dd. in l. 1. de offic. eius. Cyn. ibid. num. 17. Iaj. ibid col. pen. & seq.* sequuntur etiam *Obr. c. 4. n. 31. Boc. c. 6. n. 22. Longov. part. 3 cap. 4.* Et si in isto casu differendum esset iudicium, quod male putat *Scip. Gent. lib. 3. cap. 28. Muse. num 135.* etiam in casu absentiæ delegatio admittenda non esset. Cæterum recte idem statuit esse generale *d. c. 28. & 25. cum Dd. vulgo in l. 1. de offic eius,* contra *Obr. & Boc. d. d. loc.* qui hoc ad crimen violentiæ restringunt. Multitudo autem causarum inter causas iustas delegationis habenda non est, ut recte *Obr. c 5. n. 5. post Br. in lib. 1. de offic. eius. n 12. Bl. in l. 3. h. t. n 8.* idem omnes tenere, & *Iason. in d. l. 1. de offic. eius. in fin.* contra quam existimat *Long. d. part 3. c. 4.* ubi inepte & absurde in hanc sententiam detorquet verba *l. 12. §. 1. de iud. propter vim imperij.* Intelligenda autẽ est absentia iusta & necessaria, quod recte post Dd. notat *Henning. Gœd. cons. 39. n. 15.* & omnes ita tenere testis est *Ias. in l. 1. de off. eius. in 5. not. col. 14.*

Mandare non potuerunt.] Hoc verum contra Bart. in quocunque imperij meri gradu. *Dec. in l. 70. de reg. iur. in fin. Scip. Gent. lib. 3. cap. 28.*

Non cognitionem sed executionem.] Siquidem solam executionem mandatam existimat (quod conuenit sententiæ, qua supra in sola potestate exequendi collocavit imperium merum) procul dubio errat: exteroquin commode intelligi potest, illis verbis improbata eorum sententia, qui ius exequendi ea delegatione contineri negant, ex quibus *gl. & Br in l. 1. de offic. eius n. 5. Cyn. ibid. nu 9. Costal. in lib 1. de offic. eius, &c.* qui tamen delegato ius pronuntiandi concedit.

Lit. E.

Hodie iure magistratus competere] Hoc ipse quidem dubio carere ait, & aiunt pleique alij. *Bocer. c. 6. de iurisd. num. 28. & c. 8. nu. 106. Rosbach. in proc. tit. 1 nu. 33.* verum apud me non modo dubium, sed falsum habetur. Ratio pro senten ia Treut. in universum duplex adduci potest, altera ex veteri seculo & iure, altera ex novo. Illa inde desumitur, quod iam olim sub principibus sub nomine magistratus imperium merum concedebatur: quem princeps, ait *Cuiac. in l aliud fraus. 131. de V. S.* etiat provinciæ præsidem, hoc solo nomine dat ei criminum executionem: *& ad*

Papin.

Papin. in l. 1 de offic eius in fin. Hoc ipso quod quis creatur magistratus, ius gladij habet: quod idem videtur sentire *Suerin. rep. lect. 6.* Imp. merum competere iure magistratus, quia competat statim, ubi v. c. quis proconsul factus est: quos sequitur *Thom. Mich. th. 182.* Hæc collectio si recta est, iam olim sub Sylla quia perpetuos prætores iuridicundo in causis criminalibus præfecit *l. 2. §. Capta. 32. de O. I.* iure magistratus imperij illud prætores eos habuisse fatendum erit: sed & hoc, ineptum fuisse Papinianum, qui *in l. 1 de offic. eius*, disertissimis verbis imperium merum ijs quæ iure magistratus competunt, opponit: & tamen iam ipsius tempore, imo longe ante ipsum qui præfecti prætorio, urbi, proconsules, præsides creabantur, hoc ipso imperium merum accipiebant. Et vero postquam ita magistratus illi constituti erant, ut illis imperium merum competeret, nihil interesse potuit, an princeps simpliciter præsidem crearet, an merum imperium se illi concedere adjiceret: & alias nimis hæc futilis verborum fuerit captatio. Verum in hoc differentia reposita est, quod sub libera Rep. imperium merum non absolute, sed in singulis causis incidentibus speciatim committi solebat: quod licet postea mutatum fuerit, inde tamen dicendum non est, imperium merum iure magistratus competere, eo videlicet sensu, quo phrasis ista in iure nostro usurpatur. Et evolvenda igitur propter abusionem Cuiacij phrasis illius homonimia. Scilicet generali plane significatu dici quadantenus potest imperium merum iure magistratus competere: verum ex more & usu iuris nostri hoc dici non potest, neque unquam ita phrasi illa abutuntur ICti, verum ea tantum quæ ad civiles causas pertinēt, iure magistratus competere dicunt: quod nimirum inde ortum traxit, quod in quaque Republica magistratus qui de causis civilibus ius dicant, constitui necesse est, sed merum imperium populus vel princeps sibi reservare & potest & solet. Sed & observandum in magnis tantum illis magistratibus ipsa creatione merum fuisse concessum imperium, qui cum suprema potestate integris præficiebantur provincijs, ex quibus absurde & inepte in singulis causis expectata fuisset specialis principis delegatio: quod & olim obtinuisse videtur in prætoribus, qui à populo electi & sorte ducti in provincias bello subactas mittebātur. Porro etiamsi admittatur, eo sensu iure magistratus competere imperium merum, inde tamen inepte infert *Cuiacius d. l. 131. de reg. iur. & in l. 1 de offic. eius, in fin. & in l. 2 §. deinde cum ærarium d. orig. iur.* nullum esse hodie imperium merum, sed omne mixtum, quem etiam hoc nomine recte reprehendunt *Cabot. 1. disp. 7. Scip Gent 3. cap. 20. & 25.* qui notant etiam ubi quis creatur proconsul, nihilominus dici posse, quod specialiter lege concedatur, quod scilicet videatur repetita lex ab initio lata de imperio proconsulis: ut ita dici non possit de imperio mero, quod dicitur de iurisdictione, competere eam iure proprio & more maiorum. Et hæc de prima ratione.

Altera ratio petitur ex moribus & imperio Germanico, quod scilicet omnes Principes, Comites, Barones imperium merum suo & proprio iure habere constat. Verum hæc ratio ex co nulla & inepta est, quod principes vel comites, non simplices magistratus, sed veri principes & domini terrarum, & qui in suis territorijs supremum ius, idque perpetuum & transmissibile, & simul proportione quadam regalia habent: quod ex se plusquam evidens est, & notant passim Dd. principes non cum præsidibus, (cum quibus tamen male eos comparat *Bocc. c. 8 n. 8.* & *Henning. God cons 39 n. 20. & 21.*) sed ipso imperatore comparandos *Obrecht. c 4. num. 16. Wesemb. cons. 27 nu 28.* quod habeant dominium ratione terrarum & subditorum: quod teneant locum Imperatoris in terris suis *Alexand consil. 1. num. 29. volum. 5.* quod habeant regalia *Modest. Pist volum 1. consil 24 num. 1* & alij citati à *Thom. Michael th. 45. & seqq* quod sint quasi reges & qui omnia possint in suo territorio sicut Impp. *Bald in l. fin. C. de testam milit in fin. Modest Pist. d. loc. & idem Bald. in l donationes quas C de donatio. int vir.* duces & Marchiones qui non ligantur legibus in suo territorio comparat Imperatori, quo pertinet quod scribit *Paul de Castro p. 2. cons. 34. num. 1.* principem citra concessionem specialem legitimare posse authoritate Ducali; nimirum postquam ius temporarium præfecturarum abijt in αὐτοκρατορίαν, ut ait *Knichen. de ius territ. c. 1. nu 65.* & Imperator concedendo ditiones iure perpetuo, à se omne ius abdicasse intelligitur, ut ait *Rol. à Valle vol. 1. cons 88. num. 28.* licet iam antiquitus proceres & principes Germani maiorum & quasi propriam habuerint potestatem. Ex quo fit ut supervenience Imp eorum iurisdictio non cesset per eos. *Coler. de processexecut. p. 2. c. 1. num. 160. & seq.* V. in hanc

sen

sententiam plures citatos infra *disp.23.th 1.lit.c.* in quæst. an sanctiones principum Germaniæ habeant vim legis.

Et ita consuetudine.] Vitiosa hæc collectio est, neque ex eo quod iure magistratus quid competit, consuetudine acquiri recte infertur: quod exemplo iurisdictionis simplicis apparet: verum ab imperij forma & iure acquirentium ratio petenda est, & inter eos qui simplices magistratus, & qui simul principes sunt distingui oportet. Sed & confundit consuetudinem cum præscriptione. Et quæ iure magistratus non competunt præscriptione acquiri nihil absurdi est: & ex adverso, ex eo quod aliquid iure magistratus competat, ad eius præscriptionem male infertur.

LIT. F.

Concessione omnimoda iurisdictionis.] Quæstio hæc magna ex parte facti est, & ex circumstantijs decidenda, *Duar. in l.3.h.t.* præsertim personæ cui conceditur, quæ videlicet alias territorium & in eo perpetuum ius habeat: *Mus. num.25.* vbi prolixe *à num.16.* hanc quæstionem tractat. Quo casu contra quam paulo post hac ead. lit. defendit Tr. dici potest. *Zas. in l.3.h.t.num.48. & alios relatos à Ias. in lib.3.h.t.colum.5.* iurisdictione simpliciter concessa venire imperium merum: cæteroquin illi sententiæ Tr. maxime ea ratione iuris civilis, non obstat, quod appellatione generis veniant species: quia hoc procedit in genere proprio & univoco, lata autem illa iurisdictionis acceptio docendi magis causa toleratur. Sed & fallit vbi diversa ratio speciei, velut in mero imperio, quod speciali indiget concessione. Sicut nec obstat, quod beneficia principum latissime sint explicanda: quia nec hoc universale est, & de eo statuendum ex natura rei concessæ, & explicanda sunt secundum LL. 1. & possint aliquando pro conditione obiecti esse restringenda, de quo etiā *Longov. p.4.c.1.* Illi inepti qui nec mixtum Imp. concessione iurisdictionis transire putant. *Zas. in l.3. h.t.num.*48. Plane si de magistratu simpliciter agatur, vix concessione omnimodæ iurisdictionis imperium merum concessum existimarim.

Si castrum cum pertinentiis & iurisdictione] Ius existimem, etiamsi expressa mentio non facta sit iurisdictionis, hæc tamen cohæreat castro, eam qualis cohæret, transire in accipientem, maxime, si concedens usus sit verbo generali territorij, provinciæ vel districtus; *Bl. in l.3.h.t.num.* 4. *Ias. in l.1.h.t.colum.pen. Scip. Gent lib.3. cap.* 23. & prolixe *Menoch. 3.præsumpt.97. & alleg. à Thom. Mich. conclus.169* Neque movet obiectio *Longov. p.4.cap.1. Boer. in ca. 8. nu.15. & c.9. in pr.* quod iurisdictio cohæreat personæ, non territorio, & hoc tantum circumscribatur, quod & notat *Franc. de Clap concl.1.* quoniam non ita territorio, tanquam in quo exerceatur, dicitur cohærere, sed alio modo tanquam in quo exerceatur, & cui secundum quod Dd. loquuntur, tanquam nebula flumini incubet: quatenus in territorio, sunt pagi, oppida, in quibus habitantibus ius dici oportet: quo respectu iurisdictionem posse dici annexam territorio, ipse d. loco agnoscit *Longov.* v. de iurisdictione radicata in territorio prolixe *Knich. de Iure territ. c.1* & esse eam qualitatem cohærentem territor o docet *Zas. in l.1 h.t.n.32.* intelligimus enim castrum in feudum & quidem personæ habili concessum. V. de hoc late *Andr. Knich. de iur. territ. c.1 n.22. & seq*

Quando vero cumulative] Distinctio videtur expedita, an concedatur iurisdictio, ita ut simul utile dominium trāseat. verbi causa duci aut baroni, an vero nude exercenda tanquam magistratui committatur. Illo casu privative per *not. à Menoch. citato. Coler. d. process. execut. p.2.c.1.num. 154. & seqq* hoc cumulative intelligitur concessa: nisi hoc casu à principe qui absolutus monarcha non est, simul ex consensu statuum quasi per modum contractus magistratus constituatur: ubi privative concessa defendi potest cum *Thom. Mich. thes 31.*

LIT. G

Indistincte mandari usus docet.] Hoc notius esse, quam ut probatione indigeat, ait *Paurm. 1.d Iurisd.24.num.22.* Infert hoc Treut. sicut & *Cuiac. in l 1. de offic. eius in fin.* ex regula, quæ est apud Treut. lit. e. imperium merum competere iure magistratus. Et ea quidem collectio ex iure civili rectā est *per l.1.in pr de off. eius.* At vero si præsupponamus cum Treut. ex consuetudine imperium merum iure magistratus competere, quia hoc correctorium est, & a ratione iuris abhorret, hanc consequentiam non admittendam putaverim: cum potius quæ ita recepta sunt, stricte accipi & intra terminos suos coerceri debeant, ut licet hic aliquid mutatum sit, & merum Imp. competat ordinario iure, non tamen protinus mandari possit, quod & not. *Donel. 17 com. 8.* Sed examinanda hic utraque ratio, de qua dictum lit. e. Ex prima talis fit collectio: imperium merum

ium

rum conceditur sub nomine proconsulis : ergo mandari po test. Ista collectio refutatur ex ante ostensa fallacia homonimiæ, & falsam esse iure civili probat *d l. 1. de offic. eius, l. 6. de off. proc.* & quod nullum iure nostro à præside vel proconsule mandati imperii meri extat exemplum. Ex altera ita infertur : principes, comites, barones non ipsi cognoscunt de causis criminalibus, sed alios super ijs constituunt: ergo imperium merum mandari potest. Hæc quoque collectio corruit ex traditis lit. c. quod duces, comites, &c. non sunt nudi magistratus, sed principes & quasi reges, in territorijs suis regalia habentes, & in his ius magistratuum in civilibus & criminalibus causis constituendorum : quos adeo cum constituūt falso & inepte ad nostram hanc quæstionem imperium merum mandare dicuntur. Secundum quæ *rectè Obrecht. hic. 6. in fin.* iudices inquit, criminales, qui constituuntur à principibus, non faciunt officium tanquam ex mandato, sed iure ordinario, quia intelliguntur instituti à lege viva, quod ante eum rectissime, quidquid etiam videatur *Paurm. 1. de iurisdict. 24 inf.* notavit *Zas. in l. 3 h. t. num. 17 & Scip. Gent lib. 3. c. 29.* frustra afferri barones & principes, ubi de magistratibus quæritur: & *eod. lib. 23.* quod principes imperium merum non tanquam mandatum, sed tanquam suum, & iure dominij obtineat. v. de hoc omnino *Andr. Knich. de territ. iurisd. c. 4. num. 443. & seqq.* Ex quibus concludere licet, falsum esse, quod Treut. pro certissimo ponit *lit. a. & g.* imperium merum iure magistratus competere, & indistincte mandari posse. Et ut ad speciem descendamus, statuimus cum *Scip. Gent. d. cap. 29.* neque nostris moribus imperium merum mandari.

Mandari usus docet.] Lit. e. utitur verbo *hodie*, & tamen in allegatis subijcit etiam iure civili novo Codicis mandari imperium merum: & adeo moribus & usui hoc non recte in th. acceptum refertur.

Tam iure civili novo.] Vitiosa probatio est *ex l. un. C. qui pro sua iurisdict.* quæ loquitur de delegato principis, à quo non recte infertur ad omnem qui imperium merum habet : siquidem & qui imperium merum mandari posse negant, delegatum tamen principis ad causam specialem criminalem excipiunt, inter quos *Scip. Gent. libr. 3. c. 28. Longovall. p. 4. c. 3.* post *Iaf. in l. 5. C. de iud. colum. 5.* quo etiam inclinat *gl. in l. un. C. qui pro sua iurisdict.* & affirmant *Br. & Bl. ibid. Guid. Pap. decis. 624. Bran. l. 1. de off. eius num. 10 Bl in rep. l. 3. h. t. num. 5. Iaf. late in utramq. partem in l. 1. de off. eius col. 17. cum 2. seq.* & Tr. sibi non obscure contradicit *th. 2. lit. c.* ubi ex hodierna tantum consuetudine delegato defendi posse existimat ius subdelegandi imperii meri. Et ergo cum à particulari male inferatur non probavit Tr. quod in th. erat, iure novo civili imperium posse mandari: quod adhuc minus probatur *ex l. 2. §. 1. C. de his qui latrones.* Cæterum quod ipsam rem attinet, nihil video, quamobrem hi: in delegato principis exceptio sit statuenda, cum *l. un. C. qui pro sua iurisdict.* ad varietatem causarum civilium commodissime possit referri, & ita ad causas delegabiles natura sua, ut recte *Cyn. in l. un. C. qui pro sua iur. num. 8. & in l. 1 de off. eius num. 15.* eamque de iure veriorem ait *Salic. ibid. num. 7. in fin.* quos sequitur *Obr. c. 5. num. 25.* quippe cum militet gravitas rei : & nec possit magistratus cum mero imp. à lege vel principe constitutus, adde *Muscorn. nu. 135. & seq.* ubi pluribus rationes contrariæ sententiæ, quam communem ait, refutat.

Quam iure canonico.] Hoc quidem affirmat *Gloss. in c. quod sedem 10. de off. iud. ordin.* & videtur sequi *Bald. in auth. sed novo iure C. de serv. fugit numer. 1.* (ubi tradit, quæ meri sunt imperij iure canonico posse expediri per locum tenentes) quod & probant *Henning Goed. consil. 39. num. 14. Longovall. in repet l. 3. h t p. 3. c. 4. Marant. p. 4. distinct. 5 numer. 62. Bostal. in l. 1. de off. eius Becer. c. 6. num. 26 Guid. Pap. decis. 624. Rosbach. in proc. tit 2. num. 33 Iaf. post multos in l. 1. de off. eius colum. 8. in 7. limit. & in l. eod. colum. 14. in fin.* Sed in contrarium vocat regula iuris communis, quæ dictat, imperium merum mandari non posse, à qua recedendum facile non est, *& cap. iuris C.* fortasse non deest quod respondeatur, per ea quæ tradunt *Menoch 1. de arb. 54. Fachin. 9. contr. 99. Scip. Gent. 3. c. 29. Fac. c. 3. de off. deleg. Musc. num. 132.* ubi speciale esse ait in pœnis sanguineis : *Covar. 3. var. resol. 20* Et fortassis speciale est in locum tenentibus, de quibus videndi *Marant. p. 4. dist. 5. Scip. Gent. lib. 2. c. 3.* Porro lit. h. otiosa repetitio est eius, quod iam satis traditum lit. d.

THESIS VII.

Agitur hic de diuisione iurisdictionis: I. est in contentiosam & voluntariam. Huius non absurde duæ species constitui videntur: quod alia nullam requirat cognitionem causæ nec decretum, quæ versatur in adoptionibus, manumissionibus, & c. alia requirat, veluti quæ in cognitione

super transactione de alimentis, alienatione prædiorum minoris, manumissione à minori facienda, datione tutoris. *Donell.17.comm.8. Scip. Gent 1.de iurisd.17.* quia licet hæc non competant iure magistratus, & recte dicantur neque imperij neque iurisdictionis *arg.l.6.§.1.de tutel.* attamen quatenus ut iam concessa ius dicenti considerantur *l.1.h.t.* non absurde iurisdictionis esse dicentur, *Donell.d.loc.* Nisi quis forte, quod præsertim etiam invitus tutor datur, posteriora illa, (quæ Dd.male faciunt imperij mixti, & post eos *Duar.c.5.h.t.& in l.3.eod Zas ibid.nu.38.Muscorn. n 171.*) referat ad singularem quandam iurisdictionem, cum *Suerin rep.lect.6.* quam specialem communi oppositam appellat *Pauermeist.1 de iurisd.c.8 & 11 legalem Th.Mich.th.140.post Franc. de Clap.concl.8.* qui tamē inepte omnia magistratus municipalis facere nequit, sub istam speciem refert.

LIT. A.

Jurisdictio contentiosa recte dividitur in propriam & mandatam: quarum illa recte etiam vocatur principalis *argum l.6.h.t contra Bocer.hic cap.6.in princip.* Vulgo alia ordinaria dicitur, alia delegata, verbis non satis congruis ad rationem iuris nostri, quo pedaneus ordinarius iudex, idemque delegatus dicitur. Quæ mandari possint quæ non, explicatur *in l.1. de off.eius.* In universum mandantur quæ iure magistratus competunt, id est iurisdictio in causis civilibus, eique connexum imperium mixtum, eoque Dd. errant, qui causis imperij mixti & quæcunque decretum desiderant, specialiter concessa putant: & apertius *Gilott.* qui 2.*de iurisd.cap.7.* potestatem exequendi in civilibus specialiter à lege dati putat. Non mandantur quæ specialiter dantur, causæ imperij meri, & alia quædam favore & personarum & causarum singulariter magistratibus etiam inferioribus commissa. Vbi iterum manifestus error *Giloti qui 1 de iurisd.cap. 16.& lib.cap.7.* etiam potestatem in criminalibus cognoscendi & statuendi recte mandari putat. Quod attinet legis actiones, quæ propriè iurisdictionis voluntariæ, illæ magistratibus Romanis iure proprio competijsse videntur, singulari tamen qualitate, vt non mandarentur: quo factum, ut ijs, quæ speciatim concedebantur, annumerarentur, & vt alijs magistratibus competerent, lege & concessione speciali opus esset, *argum.l.1 de off iuridici.l.11.de manum.vind.l.1.C.de adopt l.ult.C.de vind.libert.*

LIT. B.

Vt lex concessione principis.] Intellige concessam universaliter & indefinite: cæterum ex principis concessione etiam mandata esse potest. Accommodat autem hoc ad Monarchiam, alias manca esset enumeratio.

Alias ex investituris.] Hæc verba nimis restringunt iurisdictionem propriam, (quam etiam habent simplices magistratus) ad iurisdictionem in feudum concessam, & ita quasi patrimonialem.

LIT. C.

Agit hic de iurisdictionis præscriptione, quod cum in genere proponat, non satis recte allegat dissentientes de imperio mero. Ante omnia autem distinctione hic opus inter privatum, qui dubio procul non præscribit iurisdictionem, quæ nec in commercio nec in bonis cuiusquam, sed reipubl.est, & inter magistratum: & hunc vel simplicem, & eum, qui territorium & in eo ius perpetuum & transmissibile, & iurisdictionem in dominio patrimonialemque habet. Quod ad illum attinet, nullus & hic præscriptioni locus, nisi ratione officij, ut videlicet, si verbi causa præsides aut præfecti longo tempore usi sunt aliquo iure, hoc ipsi præfecturæ adquisitum intelligatur. *arg.l.vires.8.C.de divers.off.lib 12.* quam tamen præscriptionem re ipsa nullius aut exigui momenti fuisse apparet, neque impedijsse, quominus princeps veteres imperij iurisdictionisque terminos restituere posset. Hic vero demum habile subiectum est præscriptionis, ut recte *Iason.in l.3.h.t.colum.9.& 10.Muscorn.hic. nu. 127.Pauermeist.1.de iurisd 21.* maxime si non de acquisitione nova, sed prolatione & extensione quæratur, itemque si contra parem, non contra principem supremum præscribendum sit, & tandem si de iurisdictione simplici non imperio, quod specialiter concedi solitum, tractatur: quæ tamen ratio in personis, alias merum imperium habentibus, non multum movet, maximè si cum. Treut. iure magistratus competere defendas: de quibus, cæterisque præscriptionis requisitis videndi autores allegati, *& Bald in repet.leg.3 h.t. n 13.late Longov.p.4 c.1.& 3. Bocer.cap 8.n.99.& seqq.* & quæ infra *th.12.lit.b.* contra methodi rationem tractantur.

Quod in reservatis.] Hæc à iurisdictionalibus diversa, non recte huc afferuntur: & cum ea sint relicta in signum eminentiæ supremæ, vix est ut eorum præscriptio locum habere possit, nisi im-

eius-

eiusmodi persona, quæ & ipsa eorum iurium sit capax, de quo ex ratione status & reipubl. iudicandum erit.

Iuri tamen veteri non incongrua.] In hac quæstione inter formas reipubl. distinguendum est, quarum diversitas ipsum variat ius: ideoque dicendum potius erat, sententiam negantem antiquæ Reipubl. Romanæ congruam fuisse: cæterum ex hodierno statui nec congruere nec accommodari, & plane in eo non queat obtinere locum. Qua de causa non bene, quasi mores nostros improbans, subjicit, sententiam eam usu non seruari: quoniam ex ratione Reipubl. nostræ, nec seruari quidam possit, scilicet in personis, de quibus ante diximus, etenim in privatis & simplicis magistratibus, sententiæ neganti hodieque locus est.

Alia quæstio est.] Ait, ius reclamare, ut quis tempore immemoriali principis sui se eximere possit iurisdictioni. Hæc sane quæstio non ex rationibus iuris nostri, sed politicis est decidenda: & recte *Scip. Gent. de iurisdict. 22.* hac in re, inquit, parum faciunt rationes iuris civilis, fœdera, pactiones, & ius armorum præpollent. Sed duplex hic quæstio est, an iusta sit exemptio, an iusta eos qui se eximerunt sub imperium revocatio. Qua in re nihil præcise definiri posse videtur: quod & interfit, quomodo populi in ditione fuerint, an iure hæreditario, an spontanea submissione, an violenta oppressione: itemque quomodo se subtraxerint: an solum tempus, an patientia quædam & remissio interuenerint: an princeps tyrannide sua causam exemptioni præbuerit: an principe defendere eos non valente alteri se submiserint, vel etiam oppressi ab alio quodam principe asserti fuerint, quo iure Hispanorum principes, qui populos à iugo Maurorum liberauerint defendit *Covar. in ca. peccatum. p. 2. §. 9. n. 9.* an de ipsis subditis se subtrahentibus, an principibus extraneis partem Imperij alieni avellentibus tractetur: & quæ id genus alia occurrere possint. Plane ex iure gent. sicut armis imperium quærere & dilatare, quo præcipue modo Romani orbem terrarum occupaverunt, ita vicissim in libertatem se asserere, & alijs quoque principibus imperium proferre licet. Omnibus scilicet regnis suæ sunt periodi, nullisque datum est esse perpetuis: ipse Deus transfert regna de gente in gentem: alia florent & propagantur, alia declinant & decrescunt ex quibus æstimare licet de sententia *Treutleri & hic & supra disput. 1 th. 5. lit. a.* cæteros reges de facto non cognoscere imperatorem: *& Muscorni hic numer. 127.* Reges Hispaniæ, Galliæ, Angliæ, non ita præscripsisse libertatem, quo minus imperatori obedire, eumque recognoscere teneantur: quod etiam scribit *Obrecht de iurisd. cap. 4. nu. 24.* & prolixe hic ineptit *Zoanet. in disput de Roman. Imper. numer. 21. & seq.* & suis *Bart. in l. hostes num. 7. de captiv.* hæreticum esse qui non credat Imperatorem esse dominum totius mundi, quod historia Evangelica decretum esse dicat ab Augusto, ut totus orbis censeretur: idque, quod mireris, cultiores etiam tradunt, & ex his *Ioachimus Cluten in thesibus Basileæ sub tit Sylloges rerum quotid* pro gradu disputatis Imperatorem etiam hodie omnium quatuor plagarum mundi dominum esse: quem tamen nec provinciarum Europæ, Galliæ, Hispaniæ, Britaniæ unquam constat habuisse imperium, & ita Turcam quoque ei subieceris, & principi Persarum, qui olim Monarchiam renuerunt authoritatem & imperium in provincias ab aliquot seculis amissas dederis: neque hac in re alio iure imperatorem nostrum, & alios reges monarchasque censendum esse ulla suaderet ratio. Scio quidem ab aliquibus, ex quorum numero est *Pauermeister. 2. de Iurisd. cap. 1 numer 2. & seq.* duplicem asserri colorem, quod Imperator dicatur dominus orbis per Synecdochen & de iure: verum posterius hoc iam refutatum est, & ut sub Imperatoribus primis Romanis tropus ille tolerabilis sit, ita hodie non synecdoche, sed crassa fuerit hyperbole.

LIT. D.

Quo casu & mixtum imperium.] Otiose repetit quod supra tractatum th 4. lit. C. nisi quod hic non de eo quod primario, sed quasi secundario mandatur, agitur. Cæteroquin posita vulgata mixti imperij definitione, quam non obscure *Treut. d. th. 4.* sequitur, nulla hæc connexio est: quod DD. communiter qui iurisdictionis mandatum admittunt, mixtum imperium delegari negant. Quin etiam admisso, quæ mixti imperij ipso Treut. authore sunt, mandari posse, velut dare bonorum possessionem, mittere in possessionem, iubere caveri, &c. mandata tamen iurisdictione in genere, ea transire non sequitur: cui argumento est *l. 4. de offic. eius, & notat Duar. hic cap. 7.*

LIT. E.

Vel prorogatur.] Cum non entis nullæ sint quali-

litates, necessario id consequitur, quod eleganter à Vulteio tradi ait Treut. in privato, nullum prorogationi esse locum: & in hoc omnes omnino nullo dissentiente conueniunt. Fit autem prorogatio ex sententia Dd. I. de loco ad locum, videlicet intra fines territorij, vt notat *Pauerm. 1. de iurisd. 25. numer. 40. post Bald. in l. 2. de iudic. numer. 7. Salic. in l. 1. C. de iurisd. numer. 5. Sichard. ibid. numer. 11.* quæ tamen non magni momenti & vix vera prorogatio, cum alias magistratus in omnibus locis territorij sui habet iurisdictionem. II. de tempore ad tempus ex *l. 2. de iudic.* Ille tamen locus loquitur de iudice pedaneo, qui favore partium intra certum tempus iudicare iussus est: quod si alias iurisdictioni ipsi certum tempus præfixum sit, frustra ea elapso tempore finita, prorogari tentabitur, ut recte disputat: *Paurm. d. cap. 25. num. 40. post Sichard. in d. l. 1. C. de iurisd. num. 9.* supersunt igitur duæ prorogationis species, de persona ad personam, de qua nulla controversia *ex l. 1. de iudic. l. 18. h. t.* & de causa ad causam: quæ posterior probatur ex *l. 28. ad municip. l. 74. §. 1. de iudic. d. l. 1. C. de iurisdict.* modo causa eiusdem sit naturæ & formæ ut tradit *Sichard. in d. l. 1. nu. 8.* non tantum (de quo constat,) generalis, v. c. ut sit civilis, sed etiam specialis: quod alias difficile videtur, ut cui limitata & ad certas v. c. fideicommissarias causas adstricta, iurisdictio concessa est, extra eas cognoscere possit. Neque placet distinctio, *Vult. in l. 1. C. de iurisd. n. 107.* an persona sit subiecta nec ne? quia ubi de prorogatione causæ ad causam quæritur, consideratio personæ nihil operatur, & si alias causæ ad causam iusta esset prorogatio, eam, quod persona subiecta non est, impedire non posset. Ex quo consequitur paucis casibus prorogationem istam de causa ad causam procedere posse, ut recte disputat *Paurm. 1. de iurisd. 25. n. 39.* Neque obstat *l. 15. h. t.* quam rectius *Cuiacio in l. 18. h. t. tr. 7. ad Afr.* explicat gl. Quod scilicet in specie *l. 18. h. t.* non prætor tutelaris pro fideicommissario, sed urbanus pro peregrino aditus fuerit. Non etiam *l. 1. C. de iurisd.* vel quia specialiter statutum in hac materia quæ iuris est stricti, non debet extendi: vel potius quia procuratoris Fisci iurisdictio generalis in omnibus civilib. causis, hac singulari qualitate quo ad fiscales causas limitata est. Obiter & illud attingamus, an in causis meri imperij prorogatio inueniat locum: quod ex ratione iuris defendi non posse existimant *Vulteius in l. 1. C. h. t. nu. 135. Boc. de iurisd. c. 7. n. 12.* Sed contra posse affirmat *glossa in d. l. 1. C. h. t. Bart. in l. 1. de iud. num. 9.* eamque sententiam communem dicit *Geil. lib. 1. de pac. pub. c. 10. n. 10.* quam veram puto quod prorogationem de persona ad personam, de quo casu etiam Dd. intelligunt, non de causa ad causam: quoniam extra causas commissas nullum plane intelligi potest imperium. Prorogare possunt omnes, præterquam quod iure canonico excepti sunt Clerici, cuius tamen decisionis rationes ineptas recte ostendit *Cuiac. in l. 38. de pact.* & sequitur *Bocer. hic. c. 7. n. 34.* quod nec alias miles posset renuntiare privilegio fori: eaque in re suaviter nugatur *Ant. Fab. in d. l. 38.* dum, quæ Dei sunt, Deo tribuenda, & omnes Imperatores errasse dictitat, quod clericos in temporalibus iurisdictioni suæ subesse existimaverint. Et poterit igitur prorogare etiam Scholaris *quod & notat. Vult. in d. l. 1. C. de iurisd. num. 125. & seqq.* & ratio Tr. 1. *th. 10. lit. a.* favore etiam Rectoris hoc privilegium datũ scholaribus, refellitur ex ipsa *auth. habita C. Ne fil. pro patr.*

An delegato.] Controuersa hæc quæstio est: affirmant *Bald. in l. 1. de iudic. num. 3. Zas. in l. si per errorem, h. t. num. 15. Boc. c. 6. num 18. Donel. 19. comment. 10. Duar. cap. 2. de iudic. Pauermeist. lib. 1. cap. 25. nu. 27.* Negant. *Br. in l. 1. de iudic. num. 5. Cyn. in l. 1. C. h. t. in fin. Salic. ibid num. 11. Sich ibid. num. 14. Marant. part. 4 dist. 5. num. 35. Vult. in d. l. 1 C. h. t. n. 81.* eaque sententia iure canonico non obscure probata videtur *per capit. 32 circa fin.* & apertius per *capit. 40 de offic. & potest. iudic. deleg.* Res explicatur distinctione quam affert *Bald. in d. l. 1. de iudic in addit. sub fin.* an sit mandata universitas, an una tantum causa: ut non hoc, sed illo casu recte prorogatio fiat, *per d. l. 1. de iud. in fin.* & quod nulla hic inter ordinarium, & delegatum reddi possit differentiæ ratio. Duas equidem affert *Salic. d. loc.* I. Quia iurisdictio in persona delegati sit limitata à delegante. II. Quia aliæ personæ respectu delegationis sint privatæ: quas rationes obscuras satis explicatius proponit *Sichard. d. loc.* I. Quia delegata iurisdictio sit limitata ad certam personam. Atqui aut intelligit personas litigãtes, & est delegatio specialis: aut personam delegati, & inepta ratio est. quia aliter fieri delegatio non potest, neque hoc impedit prorogationem, licet ille porro subdelegare non possit: siquidem à negata facultate delegandi ad negandum ius prorogandi, nulla consequentia est. Secundam rationem ita proponit Sichardus, quia cæteræ personæ in rescripto

pro

pro delegationis non expressæ penitus sunt privatæ. Atquin hic itidem aut intelliguntur personæ litigantes, & has utique privatas esse eo respectu oportet: aut delegati, & inepta ratio est, quia de eius tantum cuius in rescripto mentio facta, & qui delegatus est, iurisdictione prorogandâ disputatur. Plane textus iuris Canon. fortassis non incommode ad casum delegatæ iurisdictionis specialis referri possunt, in quibus terminis etiam Vulteius & alij negantes loquũtur: adeoque non recte indistincte Tr. delegatã iurisdictionem prorogari posse affirmat, cũ præsertim moribus nostris rarissime ad universitatem, sed frequentissime ad speciales causas fieri soleant delegationes. Plura, quod parce nimis hanc rem attingit Treut. de prorogatione non adijcimus: sed illud hic explicandum erat, quando prorogatio cum effectu facta dicatur, quo alieno loco infra *th. ult. lit. b.* contra methodi rationem proponit Tr.

Per sed am alluvionem.) Pinguiori Minerva hoc proponit, quia non de iurisdictione, sed de territorio hoc quærendum est: idque ego per alluvionem augeri crediderim, quod eaque utique augeat agros. Est autem territorium universitas agrorum *l. 239. §. penul. de V. S.* & consequenter hoc modo etiam iurisdictionem extendi nõ absurde affirmabitur. *Fac. argum. ex l. 2. Cod. de alluv.* quę pro modo agrorum quos alluvio hinc auxit, hinc minuit, tributa præstare probat. Et si ponamus à territorio unius magistratus cis flumen, alluvione aliquid detractum, & agro trans flumen adiectum partem eam ad territorium eius, qui transflumen iurisdictionem habet pertinere, & si verbi causa in ea delictum commissum sit huius cognitionem esse debere, recte defendetur. Neque hic, (quæ ratio *Bl. est in rub. de rer. div.*) alluvio per se mutat ius publicum, sed per accidens territorium augendo, quo circumscribitur, hanc quoque extendit. Habet alias quæstio hæc cum præcedenti tractatione nullam cognationem.

THESIS VIII.

LIT. A.

Neque sui.) Non satis bene ait, *Non posse*, cum ipse distinctionem, inter posse & *Debere*, non reijciat. Et ICtus *in l. 10. h. t.* ait *Non debere* quod cũ posse argumento est, ita ut non dicat ius nulliter: nisi forte hic aliquid additum per *l. un. C. ne quis in sua causa*, plus etenim videtur operari verbũ, *debere, prolatum* ab imperatore, quam à ICto. Cæterum distinctionem alteram, inter iudicem datum & magistratum magis probare videtur Tr. (siquidem priorem illam appellat divinatoriam *disput. 11. th. 7. lit. f.*) *post allegatos hic, cum quibus sentiunt Obrecht. hic c. 12. Anton. Fabr. in Iurisprud. Papin. de iust. & iur. princip. 4. illat. 3. Bocer cap. 9. num. 8.* a qua non videtur aliena Dd. distinctio inter iudicem ordinarium & delegatum. *Gloss. & Bart. in l. 10. h. t. numer. 4. Ias. ibid. inf. Zas. num. 2. Salic. in l. 1. C. ne quis in sua causa num. 3.* vel quod delegatus recusari, vel quod revocari possit: licet rectius Zasius de eo iudice explicet *l. 77. de iud.* quem ultro quis confidens causæ suæ approbavit & elegit. Et si recte inspicimus *d. l. 10. h. t.* non oppugnatur per *l. 77. de ind.* quod ut appareet *ex l. seq.* hoc dubium fuit, an propter ius potestatis, quæ easdem personas videri facit, iudiciũ sit nullum: cæteroquin quin talis iudex recusari possit, & nisi partes ultro illum approbent, se excusare debeat, nondisputatur: & vero si magistratus sit, magis est ut indistincte debeat, quod reverentia quadam aut metu ipsum approbasse videri possint. Et in eo solo differentia est, inter iudicem pedaneum & magistratum, quod ille minus hic magis suspectus est: cæteroquin illa distinctio inter iudicare & ius dicere: minus videtur accurata, tum per *tit. C. ne quis in sua causa*, tum quod etiam magistratus ipsi olim poterant iudicare. Plane nihil movet *l. 6. de arbitr.* quia ex compromisso adeuntur arbitri, & quasi iudices publicam quoque personam sustinere videntur. Adde infra *not. disput. 12. thes. 10. lit. f.*

LIT. B.

Neque supra iurisdictionem suam.) Hæc membra non satis bene coniunguntur: quia in illo iurisdictionem utique in hoc plane nullam habet, & privatus est. Sed & vers. seq. *sed tam in &c.* non bene cohæret. Ex tribus competentia iudicis æstimatur, loco, personis & causis, quæ si non spectant ad iurisdictionem alicuius, personam subiectam esse, aut in eius territorio esse non sufficit.

LIT. C. & D.

Modos sortiendi fori ita proponit, perinde ac si omnium ead. ratio esset. At vero locus domicilij communis omnibus omnino actionibus, quod ex Dd. etiam tradit *Coler. d. process. execut. p. 2. c. 1. n. 29.* reliqui speciales & proprij sunt: & quod in specie locum contractus attinet, tribuit ille forum, si quis ibi reperiatur. *Covarr. pr. quæst. 10. n. 3. Vult. in l. 2. h. t. Coler. d. process. execut. p. 2. c. 1. n. 44.*

n. 44. *Sich. in l. 2. C. de iurisd num. 10. argum l. 2. §. 4. l. 19. in pr. & §. 1. & l. 45. de iudic. & t. §. contrahentes de for. comp. in 6.* & amplius hoc ita si pure inita sit obligatio, ut ex *Dd. notat. Wurmser. lib. 1. tit. 6. observ. 18. & 19.* Porro circa locum domicilij & illud notandum, non tamen inspici tempus movendæ actionis, quod male putat *Donell. 17. com. 12* sed etiam contractus, *per l. 1. C. h. t.* quod cum statim ex contractu nata sit actio, & tempore contractus creditori ius quæsitum in loco domicilij conveniendi debitorem, cum quo forte alias non contraxisset, ius ita quæsitum adimi creditori non debet. Et male *d. l. 1.* de loco contractus explicatur, male à *Cyn. Salic. & Sich. in ea L.* ad casum quo quis in loco domicilij contraxit, restringitur: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilij, de quo ibi diserte agitur; & locus contractus tribuit forum, etiamsi quis nunquam ibi habuerit domicilium. Et tamen hac in re, an ex simplici arbitrio, an ex alia causa superveniente mutatio domicilij & fori contigerit, forte sit distinguendum *arg. l. pen. h. t. 7. de iudic.*

LIT. E.

Ait initio, ei quod de loco contractus dixerat, cõgruere quod scriptum est *in l. exigere 65. de iud.* & in eius explicatione Dd. in plurimos errores esse lapsos. Verum errores illi nusquam apparet, neque obscurum quia aliquid speciale *in d. l. 65. traditur*, quæ etiam *Donell.* sententia est, *17. comm. 14.* & speciale illud citra illam absurditatem ita explicat Bartolus, ut hoc ipsum actum intelligatur, ut exigatur dos in loco domicilij mariti, perinde ac si ibi contractum fuisset. Et sane nihil est ex quo colligatur, in loco domicilij dotem datam: quin & si proponas extra eum locum, non instrumentum saltem conscriptum, sed etiam re ipsa traditam dotem, eam ab uxore in eo loco ubi maritus domicilium habet exigen iam esse defendam: quippe ei fini dos datur, & hoc proposito, ut perpetuo apud maritum maneat. *1. de iur. dot* ut proinde soluto postmodum matrimonio actio ad repetendum nasci videatur. Alia quæstio est, in quo loco maritus dotem sibi promissam exigere debeat, de qua *in d. l. 65.* non tractatur.

LIT. F.

In quo reperiuntur.) Hic specialis causarum criminalium locus, quod delicti commissio verbo generali obligationis contineri potest. Et hanc sententiam recte defendit *Tr. post Cuiac. alleg. Donell. 17. comm. 26. Vult. in l. 1. C. ubi de crimin. nu. 40. contra Gloss. & Cyn. & Bart. Sich. in d. l. 1.* qui dictum textum ad vagabundum restringunt, aut in loco ubi reperitur reus, domicilium quoque habere præsupponunt, quam opinionem sequitur & communem testatur *Salic. in d. l. 1. n. 3.* Verum ea communis error est & explicatio illa vim infert textui, cuius non obscura hæc ratio, quod reos criminum quamprimum supplicio subijci reip. interest.

Ad hunc ipsum iudicem remitti debere.) *L. 7. §. ult. de accusat. ex rationibus l. 28. §. 15. de pœn. & alius relatu à Donell. 17. cõm. 26. Covarr. pract. quæst. 11. num. 3.* In universum autem remissiones istæ necessitatis sunt ex iure civili, *d. N. 134.* & ubicunque supremus princeps omnibus magistratibus hanc legem dicit: cæteroquin honestatis sunt, & urbanitatis *Thessaur. decis. 90 num. 3.* perspicua ratione, quod par in parem non habet imperium, & magistratibus alterius principis nulla eiusmodi necessitas imponi potest: quo pertinet, quod de cõsuetudine nõ fieri remissiones multis authoritatibus probant. *Clar. §. fin. quæst. 38. n. 20. Covarr. d. quæst. 11 nu. 10.* quam consuetudinem male accepisse videtur *Fachin. 9 contr. 23.* quasi ex ea delicta manerent impunita: siquidem citra remissionem alius magistratus reum puniri potest & debet. Plane si ea persona sit, in quem magistratui nulla iurisdictio, verbi causa clericus, ex officio fecerit, si eum alio mittat: quod etiam extra hunc casum non difficulter à se impetrari patietur, cum remedio literarum reversalium, quarum meminit Tr. in f. huius lit. nullum ipsi fiat præiudicium. & R. spublicæ etiam diversæ communi quodam vinculo contineantur. Quibus & prolixæ Dd. disputationes, & à Tr. allegatæ dissentiones, non magno negocio expediuntur. Ex quæ subijcit *in vers. qui distinguendo, &c.* non tam conciliationes quam limitationes sunt: quarum duæ, rectæ, *si delictum sit leve & si non petatur remissio.* quod notant *Bar. Sal. & alij in l. 1. C. ubi de crim.* tertia autem falsa *si civiliter agatur*: quia actio civilis uni laso competens, neque jus accusandi alijs, neque ius inquirendi magistratui auferre potest: eoque iudex civiliter quidem hoc casu reum condemnare, sed nihil ominus eum petenti iudici remittere debet.

An autem remissioni locus erit iudicio cæpto? Affirmativa verior est contra *Fach. 9. controv. 21.* & convenit menti Dd. *qui in d. l. 1. C. ubi crimin.* ubi iudicij cæpti fit mentio, præsupponunt non factam fuisse remissionis petitionem. Neque obstat,

obstat, *l.30.de iud.* vel quia pertinet ad partes qui amplius declinare forum & alio revocare non possunt, vel potius quia in criminalibus ius remissionum speciali ratione & speciali iure introductum est. Quid si sententia iam lata sit? Et adhuc remissioni locum esse censet *Donell. 17. com.16. & videtur probare Tessaur decis.90.num.4.* contra sententiam *Salic. in d l.1.C. ubi de crimin. Fachin.9.controv.21* & aliorum ibi allegatorum, *vide etiam Covarr pract.q.11.num.6.* ubi in utramque partem rationem & authores adducit.

Faciendum non esse si delinquens capiatur in loco, &c.) Imo tanto magis facienda erit remissio, si iudex qui reum comprehendit de crimine non possit cognoscere, & cui alias fini fuerit ea captura? Sed forte Tr. dicere voluit de reo in tali loco saltem reperto, ut hic videlicet capi & remitti à iudice incompetente non possit, quomodo etiam hæc sententia proponitur à *Fachin. 9. controv. 21.* Verum Tr. parum hic memor fuisse videtur eius quod initio lit. defendit contra Dd. ex solo loco, in quo quis repetitur, quem in criminalibus sortiri forum. Et tamen etiam stante communi sententia, quod iudex iste competens non sit, tamen propter publicam utilitatem ius capiendi & remittendi ei concedendum esse nõ dubitaverim: & quod addit Treut. de iudice sub diverso principe non ad hunc propriè casum, sed ad commune ius remissionum pertinet.

Lit. G.

Circa actionem quæ super proprietate vel possessione movetur, tres sunt sententiæ. I. *Cuiac in l.un. ubi de hæred.* eam in loco rei sitæ moveri non posse, nisi ibi reus quoque inveniatur. II. à Treut. omissa in altero extremo, in loco rei sitæ præcise eam movendam esse, quæ est *Donell. 17.comm 17.* quod consequens videtur sententiæ. *Ant. Fabr.20.coniect.9* non iam personam & possessorem quam ipsam rem hic conveniri intelligi, cui tamen assertioni parum convenienter *in fin. d.cap.* electionem permittit petitori, an in loco domicilij, an rei sitæ experiri malit, quæ tertia est media, eademque communis & vera sententia, pro qua facit, tum quod domicilium communis est omnium actionum instituendarum locus: tum textus (ad quem frigide & contorte respondet Don.) *in l.ult.C. ubi in rem actio,* cum præsertim forum rei in dubio significet locum domicilij, eoque *in d.l.ult.* rei quoque sitæ meminerunt Imper. ut ibi quoque tanquam in loco proprio & speciali actionem eam moveri posse intelligeremus. Neque obstat quod elusoria videri possit sententia de restituenda re alibi sita: vel quia iudices mutuam invicem operam præstare decet & oportet, vel potius, quia hæc extraordinaria iuris ratione via est, ut contra reum non restituentem iuretur in litem, non autem ille regulariter ad rem restituendam præcise condemnetur. Porro mos ille vindicandi utrimque in re præsenti, antiquissimo iure obtinuit, eoque non probo, quod à *Vulteio in l. 1. C. ubi in rem actio nu 21.* istuc refertur *l.38. de iud.* ad quam rectius dicitur vel, quod ibi verbum debere non importet præcisam necessitatem, vel quod speciale sit in re legata, quod satis sit, si hæres, à quo illa obligatio non cœpit, in eo loco ubi res est offerat solutionem, de qua etiam & ipsa præstatione præcipue *in l.38.* tractari videtur, idque movet *Hottom. in 3. observ.7.* in locum verbi, *peti,* substitueret, *solvi.*

Lit. H.

Ratione causæ.) Non videtur *causa,* specialis statuendus modus sortiendi fori, neque dubium est qui semper incurrat locus aliquis ex ante enumeratis, & iudicem ratione causæ competentem esse, semper præsupponendum est.

THESIS IX.

Quæstio hic proposita non merebatur th. specialem, & tribus verbis th. præced. sub lit F. hoc adjici poterat, quod alias parum dubitationis habet, cum hic cessent rationes faciendæ remissionis, de quibus th. præc.

Nec obstat quod actor.) Nullius momenti hæc obiectio est, ex qua ad remissionem faciendam nihil concluditur. Sed & male hoc simpliciter proponitur, quod contra rationem iuris *argum. l. 1. C. h. t.* singulari tantum casu obtinet. Cui consequenter ieiuna differentiæ ratio est inter actorem & reum, cum ordinario iure huius forum actor sequi compellatur. Et tamen ratio illa in reo quoque, qui exceptionem suam probare tenetur, non raro invenit locum. Illud vero inconcinne dicitur, actori præcipi onus probandi: sicut & illud non probandum, quod forum actoris explicat de loco contractus, cum hoc forum sit rei potius, in quo regulariter contra eum ibi repertum, & omnimodo eo usque, ut in bona missio fiat, procedi potest.

THESIS

THESIS X.

Lit. A.

Renunciare non posse.) Duæ scilicet huius privilegij partes cum sint, ut ne extra forum suum extrahantur, & ut ipsæ alios extrahere possint, huic parti renuntiari posse non dubitaverim, quod ita utantur iure communi. Ratio duplex Tr. quod renuntiatio misericordiæ adversetur bonis moribus, & quod favori iudicis sine eius consensu fieri nequeat, duplici de causa nulla est: & posterior quidem, ubi nullum interesse iudicis versatur, falsa videtur, & magis illud, quod pro ampliatione ait, sine consensu iudicis prorogationem fieri non posse: in priori fallacia homonimiæ committitur: quia etiam cessante illo privilegio non ob id miseratio & misericordia istis personis denegatur, quam alias ante constitutionem illam novam ijs denegatur fuisse ridicule fuerit dicendum. De studioso prorogante th. 7. lit. D. actum est.

Lit. E.

Quid autem si iudicium.) Ratio subiecta tantum convenit principi absoluto; ideoque ad rationem status nostri Germanici, causam coram principe aliquo cœptam, ad imperatorem evocari posse non concesserim. Quin imo cum principes Germaniæ Regum & Imperatorum vices in territorio suo fungantur, simpliciter non admiserim, sed privilegium istud ita hic accommodaverim, ut personæ illæ à iudicibus inferioribus, & simplicibus magistratibus, ad aulam principis, id est, ducis, comitis, &c. alios possint evocare, ipsi autem evocari non possint,

Etiam ex terris vasallorum) In ijs quæ sequuntur hæc notari possunt. I. Quod ius istud evocandi vel non, salva maiestate & superioritate principis, possit communicari: neque minus de regalibus est, ius supremæ apellationis, quod tamen inferiori à principe concedi potest. Et cōsequenter. II. Quod privilegium istud non sit de essentiali constitutione principis III. Quod proponit ad statum imperij nostri minime verum videri, & ex terris vasallorum ita investitorum, ut iurisdictionalia & alia superioritatis insignia proprio & perpetuo iure teneāt, ius evocandi imperatori, præsertim in casu cœpti iudicij, non sit cōcedendum: quandoquidem constat cum eiusmodi vasallis concurrentem iurisdictionē imperatori non esse. IV. ansubtiliter rationem duci ab incommunicabilitate: quia ita diceretur communicari, si ad vasallum aliquem, ex aliis locis evocatio fieri posset.

THESIS XI.

Non satis bene dicitur iurisdictio producere istas actiones, quæ non nisi per extensionem & interpretationem huc accommodantur: Et quidem non improbabiliter ad rationem iuris consuetudinarii & in illis personis, quæ iurisdictionem quasi patrimonialem habent: cæteroquin ex ratione iuris eius, quo iurisdictionis exercitium magis habent magistratus, actionibus istis locū non relinqui verius est, in quibus terminis loqui videntur *Vaud. 2. q. 17. Cor. in l. 14. d. ser. n. 2.*

THESIS XII.

Lit. A.

Non etiam mandantis.) Abutitur ista voce, pro eo qui iure principis magistratum constituit, adeoque de ordinaria sive propria iurisdictione loquitur.

Lit. B.

Non utendo.) In solo non usu hoc verum non videtur, sed si ex altera parte accedat præscriptio, quo casu magis ad modos acquirendi pertinet.

Negligentiam brevissimi.) Intellige non finiri ipso iure, sed negligentem à superiore privari: intellige etiam magistratum simplicem, non eū qui iurisdictionem habet cum territorio perpetuam: quibus terminis positis Baldus pro diss. allegatus minime contradicit. Et tamen de illis vix videtur loqui Tr. quod in magistratu simplici nulla ratio sit dubitandi, sed hic liberum ius revocandi princeps habeat: itaque hic magis contra Tr. statuo.

Privative.) Rationem habet expeditam, quod præscriptio ex una parte infert amissionem ex altera: & non nisi in superiori & inferiori iurisdictio cumulative concurrere potest, Ex quo videri possit, contra Imper. iurisdictionem revera, id est, privative, non præscribi, quia hic non iure magistratus, aut concessionis, sed iure quodam maiestatis universalem in toto imperio habet iurisdictionem. Attamen cum Imperator concurrentem iurisdictionem. V. C. cum principibus, non habeat, hos etiam contra illum privative iurisdictionem & imperium, sed fort. illis difficilius præscribere, recte defenderur cōtra Tr.

Nisi nominatim.) Exceptio hæc nulla est, quia non de regula, quæ tractat de præscriptione.

Vel aliques eximi.) Secunda hæc exceptio aut accipitur de patientia consensu declarata, & eadem erit cum priori: (& tamen imperatori

ratori qui præsertim suffragiis eligitur, in præiudicium Imperij quosvis eximere prohibitu, fas non est (aut de tacita, & destruit prius illud, quo negavit contra imperatorem præscribi posse: si quidem omnis præscriptio præsumptã habet patientiam eius contra quem præscribitur.

Quia imperium merum hodie, &c. Hic notandũ I. minus recte hoc restringi ad imperium merum, cum ex ratione Reip. Romanæ nec iurisdictio simplex præscribi potuerit II. Ratio illa, quod nihil aliud sit quam iurisdictio criminalis, non concludit, quia ut maxime merum imperium sit & dicatur, ad rationem status nostri, verbi causa à ducibus comitibus poterit præscribi: sicut ex adverso, etiamsi merum imperium in veteri Republ. Romana iure magistratus competiisse proponas, non tanto magis præscriptioni locus fuerit. quod tamen non Romanæ proprium, sed commune omni Reip. est, in qua princeps unus plenam, reliqui omnes temporalem, & à principe absolute dependentem habent potestatem.

Lit. C. & seqq.

Quod lit. C. de asperitate proponitur, eam fere limitationem desiderat, quæ adiecta est ad L. B. in pr. Lit. D. parum apte dicitur finiri iurisdictio lite finita: quia non hæc vel illa lis, sed in universum controversa negotia obiectum sunt iurisdictionis. Et ex ratione iuris iudicis pedanei, qui nullam habent iurisdictionem cognoscendi ius, finita lite expirat: quod tamen ad delegatum specialem quodammodo accommodari potest. Parum etiam concinne lit. E. iurisdictio finiri dicitur recusatione: qua de re, & an iudex recusari possit, agitur infr. disputat. 12 th. 11: & de quæstione lit. F disputat th 9. *lit.* E.

Lit. G.

Revocato mandato] Hoc generaliter accipio, ut etiam liceat post litem contestatam, quia ipsi mandanti res nunquam desinit esse integra, nec quicquam habent aut mandatarius, aut partes quod prætendant: eamque sententiam pro certa tradunt. *Ias. in l. 1. §. qui mandatam. de offic. eius. Zas in l. 5. h. t. nu. 57.* & errores convincunt *Bocerum hic cap. 6. num. 51.*

Lit. H.

Male initio dicitur, prorogatam iurisdictionem finiri pœnitentia quia cum ante aditionẽ nulla sit prorogatio, *l. 18. h. t.* non entis nullæ possunt esse qualitates. Porro in prorogatione opus est consensu & iudicis, id est, ut hic non contradicat *Salic. & Sich. in l. 1. C. h. t. n. 5* & partium, qui declaratur vel verbis vel facto, ex quo prorogatio iurisdictio adeundo, hoc usque ad litem contestatam procedendo. Illud probatur à *Vulteio in l 1. C. h. t. numer. 152. & alijs ibi allegatis. Pauermeist. 1. de Iurisdict. 25. & firmatur per l. 15. & l. 18. h. t. l. 7. de iudic.* ubi simpliciter fit mentio aditionis, quæ citra violationem de litis cõtest. explicari non potest. Neque vero prætor, postquam partes suas interponere cœpit, eludi, aut desultoria illa variatio & levitas prorogantis, ferri debet: facit quod si aliter statueremus, expressa prorogatio à tacita nihil differret. Errat igitur Tr. dum, hoc loco ius pœnitendi permittit usque ad litem contestatam, licet Dd. autores sequatur *Bald in l. 5. in fin. & in l 18. in pr. h. t. & in l. 1. de iudic num. 2 Salic. in l. pen C. de pact. n. 3. Cyn. in l 1. C. h. t. n. 3 Zas in l. 18. h. t num. 4. Cui, ib. tr. 7. ad Afr.* eumque communem esse intellectum *ad l. 18 ait Ias. ibid in pr.* Pro qua sententia affertur I quod re integra liceat pœnitere, & ergo usq. ad litem contestatam arg. *l. 23. de iudic.* II. *textus in l. 22. §. 5. solut. matrim.* ubi traditur consensum filiæ non præiudicare, nisi tempore litis contestatæ interpositum. III, *Textus in l. 4. C h t.* quod exceptio incompetentiæ lite demum contestata excludatur. IV. Quod sola aditio non videatur fundare iurisdictionem iudicis, ut contra non parentem tanquam contumacem procedere possit. Resp. I. quod ad hunc effectum rem secundum textus iuris post aditionem amplius integram non esse, & cum aliqua sint, quæ litis contestatione non indigent, velut quæ decreto prætoris expediuntur, nec possit semper litis contestatio requiri: & litis contestatio non est actus iudicis & partis ut per eum demum debeat dici agnitus iudex, (agnitio autem iudicis inducit prorogationem) sed actus partium inter se, per quam inducitur quædam novatio, & facultas faciendi ea, quæ antea fieri ius erat, verbi causa, offerre & purgare moram &c. excluditur. Ad alterum nihil aliud habet quod respondeat *Vult d loco. num. 154.* quam id ita expresse statutum esse. Sed dicam, si argumentum concludere debeat, ponendum esse, quod filia antea consenserit in iure ut recta comparatio sit cum aditione: vel potius respondebo à diversis nihil concludi, neque si ut filia amittat actionem quæ ipsi cum patre communis est, opus est, litem esse contestatam: ergo etiam necessaria erit litis contestatio, ut prorogato iudicis facta dicatur: & ratio decisionis in *d. §. 5.* non obscura hæc

est, quod per consensum filiæ fit quædam actionis cessio, & jus cessionarij non firmatur in ipsius persona, quo minus cedens prævertere possit, nisi per litis contestationem *l. 3. C de novation.* quoniam eo facto quasi contrahitur, & quædam fit novatio quæ ad prorogationem nullo modo accommodari possunt. Tertium removetur per distinctionem inter prorogationem expressam & tacitam. Quarta ratio ideo nulla est, quod prorogandi facultas lege recepta & firmata est: & alias nec litem quidem contestatam esse sufficerit, ut porro procedi, sententia ferri & executioni mandari possit: & haud dubie prorogationi in magistratibus qui sub uno principe sunt non sub plane diversis, locus est, quod recte notat *Salic. in l. 1. C h t nu. 5* Hæc de prorogatione expressa Tacitam non fieri per cautionem præstitam de iudicio sistendo, notat *Zas. in l si pupillus 33. de bonis autho rit. at iudic numer 5. post Bart. in l quidam. 57 in fin. de re iudic. Marant par. 4 distinct 12. numer. 5. Ferrar. in forma declin. iud. verbo, nec fuisse in litis in pr* sed tamen eam fieri per oppositionem exceptionum dilatoriarum *Bart. in l 18. h. t. n 3 Ias. ibid. d colum 6. & Zas. nu. 29. Sal. in l. 1. C. h t. n. 4. & Sichard ibid. n. 7.* de quo etiam *infra disp. 12. th. 10 lit. C. & D* Sed verius est litis contestationem requiri per textum expressum *in l. 4. C h. t.* per quem hoc recte defendit *Pauermeist. l. c. 25. n 17* Ex his efficitur, in casu prorogationis tacite locum esse pœnitentiæ usque ad litem contestatam, in casu expressæ, usque ad additionem *per l. 18 h t.* Cuius rei solida & certa ratio est, quod nuda conventio partium: non potest fundare iurisdictionem iudicis, in personam alias non subjectam: adeoque secus est in iudice, qui alias competens privilegio saltem quodam poterat declinari, quod exceptio privilegij elidatur replicatione pacti; quæ expedita ratio est conciliandi *l 18 h. t. cum l. penul. C. de pact.* tradita etiam *à Gloss. & Bartol in l. 18. n. 1. h. t. Ias. ib. in pr. & col. 7. Zas ibid num. 21 Sal. in l pen C. de pact. num. 3. Vult in l. 1. C h t. n 149.* Neque movet, quod Justin *in d l pen* aliquid novi constituisse videatur quia fortassis verum est, ante ipsum neque in specie ibi propositam pactum istas vires habuisse, quod renuntiare privilegio iure publico concesso, & quasi iurisdictionem fundare terminos obiecti pactorum excedere videatur. Ex his ita deductis sequitur falsam esse sententiam *l. Cyn. in l. 1. C. h. t. n. 4.* qui in casu *l. pen. C. de pact.* pactum adjectum hoc tantum operari existimat, ut agatur ad interesse: hoc enim & verbis sententiæ Justin. *in d. l pen* repugnat. II. *Donell. 17. com n. 10 Paurm 1. de iur. c. 25. n. 16.* solam stipulationem vel pactum in continenti adjectum sufficere ut iudicis etiam non sui iurisdictio prorogatur: quia non magis stipulatio quam pactum nudum iurisdictionem fundare potest. III *Coras. 4. misc. 5.* qui nudam etiam pactionem sufficere existimat, & *l. 18. h. t.* de dissensu utriusque litigantium absurde explicat. Et recte Dd. pactum nudum efficaciæ nullius, sed vestitum ad actionem, ad interesse proficere statuunt. *Bart. in d. l. 18. num. 4 Sal. in l pen. C. de pact. num. 3. Ias. in d l. 18. col. 5. Zas. ibid. nu. 7. 10. & 12.* ubi hoc communiter Dd. tenere affirmat, quos etiam sequitur *Vult. in l. 1. C. h. t. num. 144.* IV. *Treut. hic lit. I* juramento interposito locum non esse pœnitentiæ: licet præter allegatos, hoc etiam adstruat *Iason in §. item si quis 11. Inst. d. action. n. 13. & latius in l. 18. h. t. col 1. & seq.* eamque opinionem sequitur, & communem testatur *Zas. ibid. num. 19* Etenim prorogatio fit per aditionem, quam non potest operari juramentum, neque hoc magis quam stipulatio incompetentis judicis iurisdictionem fundare potest: & requiritur hic actus aliquis inter iudicem & partem, qui iuramento suppleri non potest. Eoque hanc sententiam iure quoque Canon. dixerim esse veram, licet hoc propter periurium Ecclesiastica pœna imponi possit. Denique sequitur, nec veram esse sententiam eorum, qui renuntiatione pœnitendi facultatem existimant excludi, quæ sententia est *Zas in l. 18. h. t. num. 31. post Iasen. ibid. col 4.*

DISPUTATIO IV.
DE IN JUS VOCANDO.

Respondente

HENRICO à Qualen Eq. Holsato,

THESIS I.

LIT. A.



On nisi quodammodo Aut in specie hæ voces sumuntur, & plane non in iudicio fieri dicitur: aut in genere & recte dicitur: cum & ipse *Tr. in fin l. th* duo iudicia, in unaquaque causa agnoscat, & magistratum quoque iudicem appellari, iam multi quam plurimis & iuris

& iuris nostri, & autorum locis demonstraverint.

LIT. B.

Duo hic quæruntur. I An quis appellato prætore in ius alium vocare potuerit. II. an potuerit cum adhibita vi, & iniecta manu. Utrumque cũ *Duaren. Vult. Perrenotto t. anim. 19.* & alijs affirmat Tr. cui in priori, quod & alias sane speciali petitione veniæ in quibusdam personis non fuisset opus, adsentior, ut tamen existimem frequenter hoc a prætore, præsertim ubi dubia esset iurisdictio, petitum fuisse *argum l 5. de iudic. & l. 2. si quis in ius voc.* De posteriori ita statuo raptionem istam, tantum in personis vilibus, aut alias latitantibus, tergiversantibus, & vadimonium deserentibus, exercitam fuisse. Cæterum ut in quoscunque non statim sequentes ea uti licuerit nemo persuaserit: non hercle persuadent rationes, quibus Vult. & cæteri hoc adstruere conantur: quarum prima est, quod alias adeo solicita veniæ impetratione in personis quibusdam non fuisset opus Resp. sola dictione diei satis læsam reverentiam: neque quisquam magistratus propitiis auribus audiat filium desiderantem, ut patrem obtorto collo sibi liceat rapere: neque prætor in ullum casum aut eventum hoc permittat, salvis moribus & legibus Romanis, quibus summum ius parenti in filium erat. Altera est *ex l plerique 18. de in ius voc.* ubi dicitur, neminem de domo sua in ius vocari debere. Resp utique ICtus non dicit, quod nemo de domo sua extrahi debeat, quæ sane inter se diversa sunt: & extrema legis verba, vim inferre videri istam Vult. explicationem respuunt, quod raptio illa in ius nimis quam manifesta vis est. Et certa hæc ICti sententia est, quam suppeditat *l seq.* eum qui latitat in ædibus suis, investigari, ad effectũ ut in iure se sistat, non debere. sed consuetis remedijs iuris, verbi causa missione in possessionẽ contra ipsum utendum esse. Evincit hoc oppositio eius, qui se ex ædibus præbet conspiciendũ, aut ad se præstat aditum: hic, quia pro latitante haberi non potest, recte ex sententia ICti in ius vocatur: quod utique de violenta raptione non nisi absurde explicetur. Illud vero omnino leve est, quod *ex l. 5. §. 1. qui satisd. cog* à Tr. adducitur, ibi, *non qualibet iniuria est,* quoniam violentam rationem ita non appellaret ICtus, & citra raptionem, qui alicui etiam fideiussorem offerenti, fidem non habet, sed porro urget, iniuriam facit non minus ac ille, qui saltem non debitorem pro debitore appellat *l. 15. §. si quis. 33. de iniur.*

LIT. C.

Actionis editio necessaria.] Considerata ratione vera procedendi, editio prior esse videtur, quippe ad eum finem ut sciatur, an cedere quis, an contendere velit, cuius gratia in ius itur, non vero ea tantum, ut petatur dilatio: quam cum procul dubio prætor sit concessurus, eo intuitu præcedẽs vocatio & editio quasi sit sine effectu. Et tamen hoc non necessitatis sed arbitrij fuisse videtur, qua de re *v Cyn. Salicet & alios Dd. in auth. offeratur. C de lit. cont.* attamen utcunque à parte fiat iudis editio. concessio tamen dilationis incipere demum videtur postquam ad iudicem perventum est per *d. auth. auferatur.*

LIT. D.

Non domi vel in itinere.] Assertio hæc emendat textum *in l 4. de interrog. Hottom.* cuius hæc unica ratio, quod interrogationes non possunt fieri nisi pro tribunali: quæ corruit ex traditis à *Fevard. cap. 7 pro trib.* ubi multis comprobat, etiam quæ sella posita apud prætorem expediebantur, in iure fieri dicta fuisse nec mirum, siquidem etiam Tribuni, quæstores, ius dicebant, qui tamen attestante *Asconio comm in divinat* non in tribunalibus sed in subsellijs considebant. Et cũ quotidie multa & varia occurrerent, quæ prætorem desiderabant, absurdum fuerit necessitatem semper prodeundi in publicum, & tribunal adscendendi imponere prætori. Quin potius dicemus locum JURIS alium fuisse ordinarium & statum, alium momentaneum, & qui nõ diutius nomen istud haberet quam sellæ positæ Iuris dicundi causa prætor insideat. Et nimirum de priori illo loco stato accipienda est *l. 11 de iust. & iur.* quamvis etiam nihil contra dignitatem suam faciat prætor, dum exigente id quasi ipsa necessitate posita sella ius dicit.

Confessus habetur pro iudicato.] Collectio hæc est si iudicatio tantum fit in iure: ergo etiam confessio: quia confessus pro iudicato est. Ea vero multis vitiis laborat: & I. nihil contra *Cuiac & Rav* concludit, qui non hoc, interogationes extra locum iuris fieri, sed, etiam quæ sella posita prætor expedit, in iure fieri adfirmant. II. confunditur confessio cum responsione, quæ differunt, ut species & genus. III. confunditur confessus super principali cum confesso super aliquo capitulo, ad fundandam alicuius intentionem pertinente, (qui minime pro iudicato habetur) quæ est materia *tit. 1. libr. XI. D.* cum de illo agatur *libr. 42.* IV. confundit

 iudica-

iudicatum esse & pro iudicato haberi: ut proinde posito etiam, omnes iudicationes in iure fieri, non tamen omnia ex quibus quis pro iudicato haberetur, ibidem necessario fieri, consequatur. Sed illud, V. omnino falsum, omne iudicatum fieri in iure, cum potius ordinario fieret à iudice pedaneo, apud quem quæ fiebant, in iure fieri non dicebantur: neque dubium est, quin regula illa, qua confessus pro iudicato esse dicitur, etiam iudicatum & vel maxime comprehendat, qui à judice pedaneo condemnatus est.

Qui putat etiam iud. pedaneum potuisse cognoscere.] Obscurius est, quod hic imputat Cuiacio: quidem jud. pedaneum potuisse cognoscere certo certius est: verum eum in iure interrogare nō potuisse etiam certum est. Sed sc. Tr. non cœpit Cuiacium, cuius hæc sententia est, quod magistratus aliquando ius dicat de plano, ut iudex pedaneus, id est, ad instar iudicis pedanei. Nec obstat *l. 4. C de dilat.* vel quia concedendatū dilationū alia ratio est, vel potius, quia ibi non de prætore in sella considente, sed procedente tractatur. Sed ut hic velut excessus de confessis, re non satis liquida, subiungatur: vulgo hac de re traditæ regulæ: in confessum nullas esse partes iudicis nisi ut condemnet: confessum pro iudicato haberi: etiam falso confessum condemnādum esse *l. 1. 3 & 7. de confess.* sese mutuo collidere & evertere videntur, adeo ut *Zas. in l. 6. § ult. d. t* se in salebra hærere, neque nodum expedire posse fateatur. Sed nimirum aut confitetur quis apud iud. pedaneum, sive in iudicio post lit. cōtestatam: aut apud magistratū in jure ante litem contestatam. illo casu condemnatio sequitur: hoc nulla sequitur, & confessus pro iudicato est, & parata executio, per actionem specialem ex confesso, in qua ad instar actionis iudicati *l. 56. de re iudic.* non hoc an debeatur, sed an reus confessus sit quæritur, eoque, licet falsam confessionem fuisse probare velit, condemnatio sequitur ex actione de confesso: quæ probantur *l. 3. § 5. ult. & l. 7. de confess.*

Lit. E.

Sortito donec is eveniret.] Ait hoc probari à Vulteio, ex Asconio Pædiano, cuius locum, ut de re ipsa constare posse subjicimus Est ille ex *comm. in libr. 2. Cic. in Verr.* ad verba, *Libelli nominum vestrorum.* Moris erat, inquit, celebrata iudicum reiectione, & haberi in officio prætoris, & in arca reponi nomina iudicum selectorum. Reiectio autem idcirco dicitur, quia cum multi iudices in consilio cum prætore suo iudicaturi essent, qui quæsitor fuisset in publica causa, verbi gratia, repetundarum, ambitus, majestatis, necesse fuerat eos primum de decuria Senatoria conscribi, cum Senatus iudicaret, deinde in urnam sortito mitti. ut de pluribus necessarius numerus confici posset: tertio id est, post urnam, permitti accusatori & reo, ut ex illo numero rejiciant, quos putaverint sibi aut iniquos, aut ex aliqua re incommodos fore. Reiectione celebrata, in eorum locum qui reiecti fuerant, subsortiebatur prætor alios, quibus ille iudicum legitimus numerus compleretur. Ex his cuivis apparet, quod hic de iudiciis & iudicibus privatis pedaneis proponit Tr. ex Ascon. Pædiano minime probari. Et sane laxa illa libertas recusandi pedaneum iudicem, tum ex eo: quod frequenter parentes ad eundem iudicem mitti solebant, tum præcipue ex *l. un. apud eum à quo app. compell* refutatur, idque scilicet in privatis: etenim publicis propter causæ gravitatem & periculum amplius reo indulgendum fuit.

Unde apparet.] Præsupponit hæc illatio, quod ipsum in controversia, in numero & ordine eorum, ex quibus sortito iudices duci solebant, fuisse cæcos, sed de hoc agitur infr. disp. 12.

Lit. F.

Non nisi magistratus iussu.] Nihil absurdi videtur, si etiam, & hoc tamen ex autoritate prætoris, iudicem pedaneum ius citandi habuisse statuamus: quod & firmatur *ex l. 3. §. 1. Ne quis eum qui in ius voc. fuer.* quod apud hunc etiam postulationes fiebant *l. 1. §. 6. de postul* Et cum Duar. hac de re non disputet. 1. *disp. 7.* male adeo pro diss. adductus: nisi illi hoc imputat Tr. quod tantum per præconem non etiam literis emissis putet factam citationem: & tamen hic unicus eius scopus est, vocationem in ius & citationem contra traditiones Dd. distinguere.

Lit. G.

Duo iudicia, unum de iure, &c] Abusio hæc est, verbi, iudicium, in quo nullum essentiale iudicij: & illa oppositio iuris & facti, eo vitiosa, quod & apud iudicem pedaneum quæstiones iuris, super quibus ICti consuli solebant, incidisse, & apud prætorem de facto quoque disceptatum fuisse, extra controversiam est.

THE-

THESIS II.

LIT. A. & B.

Verum hac procedendi ratione.] Etiamsi ipsos magistratus cognoscere & judicare proponas, plerisque tamen th. præced propositis locus esse possit: cæterum quando judices dari desierint, commodius tractatus disput. 12. A Constantino id vulgo factum creditur, sed minime probatur ex *l. 1. C. de formul.* quæ tollit formulas singulis fere actibus ceu solenne aliquod carmen, præscriptas, & quas si quis omisisset, aut non præcise observasset, actus nullus erat Sane quod olim necessum erat actionem & formulam à prætore petere, sublatum est per *l. 2. C. de formul.* quæ recta in judicio actionem proponendi facultatem permittit: ex quo, licet, quod magistratus ipsi judicaverint, non infertur necessario, attamen postquam Dioclet. & Maxim ipsos præsides judicare voluerunt, *l. 2. C. de ped. iud.* Romæ quoque & maxime translato in Orientem imperio, ubique idem observatum fuisse & probabile & verosimile est: ut non dubitem errare Treut. qui sub Iustiniano demum veterem procedendi rationem existimat fuisse mutatam.

Actionis editio iudici offertur.] Hoc tamen non est necessitatis, licet id velle videantur *Cyn. & Salicet. in auth. offeratur. C. de lit. cont.* sed potest etiam ipsi reo in judicem vocato offerri, *per d. auth offeratur, ubi etiam hoc notant Br. & Sic. num. 8. N. 53. c. 3. in prin. & §. 3.*

Vel per lib suppl vel eo amisso.] Hæc oppositio minus recte se habet: quod siquidem per illum, ut Tr ait, fit editio actionis, non potest esse nuda supplicatio: & huic quoque supplicationem pro processibus & citatione annexam esse oportet.

LIT. C.

Citatione interdum prior.] Pinguius hoc dicitur, cæterum proprie loquendo, ratione temporis quod antecedit, libelli rationem non habet, sed tantum simplicis supplicationis pro processibus.

LIT. D & E.

Mandatum iudicis.] Hoc non est perpetuum: quippe in multis judiciis inferioribus præsertim ubi summarie agitur, receptum, ut ad petitionem partis citent apparitores: nisi forte hic generale mandatum dicatur intervenire. Vide *Ias. in § quadrupli Institut. de action. numer. 44.*

Realis.] Definitur illa, quæ fit per captivitatem & apprehensionem personæ: Atquin hæc significatio verbi *Citari*, ab usu juris nostri plane est aliena.

Non iudicibus pedaneis.] Nulla hic potest esse ratio dubitandi, cum th. præc. his plane jus citandi negaverit. Porro si per delegatum principis intelligit eum cui mandata est jurisdictio, male hoc speciale facit: cum dubio procul quilibet mandatarius, jurisdictionis, sicut ipse mandans, ita citare possit.

Nisi in iisdem vel contraxerint.] Atquin ita hoc privilegium nundinarum futurum non est, cum jure communi & ordinario, quilibet in loco cōtractus sortiatur forum: ideoque pro NISI, forte legendum erit, ETSI. Sed fortassis Tr. hæc sententia est, ex obligationibus ante contractis nō posse quem conveniri tempore nundinarum, sed tātum de iis quæ in ipsis nundinis factę sunt, quomodo *Salic. in l un. C. de nundin.* distinguit inter ante gestum & in ipsis nundinis gestū. Quod ipsum tamen simpliciter admittendum non videtur, sed tum demum, si hoc vel expresse vel tacite actum appareat: cum præsertim etiam sic, si ex contractibus tempore nudinarum celebratis, statim quisque conveniatur, occasio turbandi mercimonia nasci possit, contra *l. un. C. de nundin.* quod etiam observatur in ditionibus Elect. Saxonici: teste Molleto *in comment. ad Constitutio. 30. num. 9.*

LIT. F.

Tubam aut campanam] Incaute hoc proponitur hoc loco, ubi de ea citatione agitur, qua quis experiundi juris causa ad judicē vocatur: quia, ut ex ipso Matanta allegat *num.* 111. apparet, hoc modo Vniversitas aliqua, non ad judicium sed aliis de causis convocari solet.

THESIS III.

Illud hic breviter notandum, offendi L. L. methodi, quod hac th. proposita nullo modo citationi reali, quin nec verbali omni, sed fere ei tantum, quæ in scriptis fit, conveniunt: & tamen th præced generalis definitio citationis, & eius in verbalem & realem divisio traditur.

Nomen & cognomen.] Imo nomen officii exprimere sufficit.

LIT. D.

Quam iure communi.] Sive de in jus vocatione, sive citatione ex jure antiquo quæratur, hoc verum non est: imo simpliciter si de citatione qua tali agatur verum non est: quia expressio causæ nihil aliud, est quam editio actionis, quæ à citatione reipsa diversa est. *Salicet. in l. 8 nu. 2. C. quomodo & quando Iudex. Felin. ad c. ignarus. de libelli obl. numer. 2.* Sed alia quæstio est, an citationi editio actionis sit adjungenda: de quo ex

stylo judiciorum statuẽdum est: & haud dubie, ubi quis ex diverso loco civitate aut provincia evocatur, ad evitandas ambages & sumptus, id fieri & expedit & decet *Salic. in Auth. offeratur. numer.* 10. *C. de lit. contestat. quo pertinet. C. si primates capit* 5. *quæst.* 2. cæteroquin, jure Canonico (quod non sat bene jus commune appellare videtur Treut.) id semper præcise requiri, non probatur.

Quod tamen si sit inducia.] Ergo si simpliciter & in genere tantum sit expressa causa, adhuc induciæ dabuntur. Adeoque ergo aut teuorem libelli dicam inserendum, aut nec causam in genere exprimere necesse defendam: quippe quod editio ipsa actionis hunc solum habet scopum & finem, ut reus deliberet, cedere ac contendere malit. eoque constituit Justin. *N.* 53. *c.* 3. §. 1. *auth. offeratur. C de lit. cont.* ut vocato in judicium offeratur libellus, & exinde 20 dierum induciæ concedantur *Bald. Salicet in d. auth. offeratur. Coler. decis.* 110.

Et litis pendentia.] Cum editio actionis sit diversa à citatione, siquidem hæc inducit prævẽtionem, nihil videtur necessaria adjectio causæ: nisi quod ad hoc, ut adimatur facultas excusandi citato, qui ideo se non coram citante comparuisse excipere possit, quod ad quam esse citatus causam, ignorasset. Eoque statuam contra Treut. sufficere ad fundandam jurisdictionem citantis causam generaliter esse expressã, adhoc sc. ut judex vel tum vel postea concurrens causam ad se trahere non possit: velut in casu *l.* 7. *de iudic. l. penult. de iurisdict.* Neque obstabit *clem. ult. ut lit. non pen.* quæ explicationem recipit *ex c.* 19 *extra de for. compet.* ubi simpliciter per legitimam citationem induci dicitur præventio. & scilicet verba extrema *d. clem. ult.* adhoc quæ sit legitima citatio, explicandum pertinent, ut cũ quis ex loco remoto ad judicium vocatur, ea inserantur citationi, ex quibus an cedere an contendere debeat, satis instrui possit. Nec obstat *l penult de iurisdict* non tam quod ibi speciale sit in casu mutati fori per matrimonium aut quod ista L. sit supplenda per textus juris Canon. ut not. *Ias. in d. l penult colum.* 2. quam potius quia alia ratio est citationis ex jure Canon. & moribus, quam vocationem pristinæ in jus, quæ quod etiam privata autoritate fiebat: præventionem non poterat operari: sed & alias argumentum à contrario sensu, non usque adeo magni semper est momenti.

An vero ad certam causam citatus.] Non recte simpliciter negat Tr utique si præsens nõ est citandus, sed respondere cogitur, quod admittit ipse Tr. th. 6 & communissimam opinionem esse testatur *Ias. in l.* 1. *de in ius vocando*, etiam cogetur respondere ad aliam causam, qui citatus ad diversam præsens comparet Cæterum interest, an tractetur de aliquo actu singulari V. C. audire sententiam, videre jurare testes, &c & hic utique tergiversationi locus non erit: *Zas. in l. de unoquoque.* 47. *num.* 6. & 7. *de re iudic.* aut de tota causa, & hic iterum an respondere debeat, an respondere statim: quod utique certum est, inducias deliberatorias ei denegari non posse *Marant part.* 6. *de prim memb. iudicii num.* 13 Cæterum idem respondérim, sive ab alio, sive eodẽ, qui impetravit citationem, nova causa proponatur: cum etiam alias mutatio libelli ad litis usq; contestationem licita sit, de quo infra th ult. Nec quicquam hic esse potest, quod prætendat citatus, si modo alias jurisdictio fundata est judicis, ita hunc declinare, & domum revocare nequeat reus Ex quo responsio expedita est ad *l.* 2. § 3. *de iudiciis*, in cujus specie is qui ad aliam causam venerat, habet jus revocandi domum Et proinde non probo *Zas in d. l.* 47. *de re iud. Myns.* 6. *observ. num.* 9 ubi negant eum qui comparuit ad unam causam, sine prævia nova citatione, ad aliã respondere teneri Ratio porro utraque Tr. nihil cõcludit; & in priori illud supra improbatum, quod expressio causæ sit de essentia citationis.

LIT. F.

Nec dies assignationis in eo] Dubiam hanc quæstionem ait Mynsing. & negativam tamẽ in Camera receptam, quam etiam communem testatur *Vant. post Ias in l.* 1. *si quis cautio. colum.* 3 ubi recte notat non quæri hic de ultima die termini sed de ipso die assignationis: velut si judex alicui hodie assignet 10. dies ad comparendum, ut hodiernus dies in termino non computetur. Verum sententia affirmativa rectior videtur, in quam inclinat *Bald. in d. l.* 1. ut in dubio ab ipso puncto assignationis factæ, quod præsertim dilationes strictæ sint accipiendæ, tempus incipiat currere, & ita, ut loquuntur, de momento in momentum: cui rationi cum Iason male respondet Mynsing. hoc obtinere, ubi tempus currere cœpit: quia hæc petitio principij est, & hoc ipsum quæritur, an ab ipso puncto assignati termini, an verò à die sequenti demum tempus currere incipiat. Quorum sane illud probabilius, & præter jam dicta firmatur argumento dilationum legalium, quæ statim incipiunt currere,

veluti

veluti decendium appellationis interponendæ. *Nov 23.c 1* Neque obstant cap. allegat. Quin imo cum illis casibus exceptio statuatur, regula firmatur in contrarium. Non obstat etiam *l. 1. si quis cautio.* vel quia casus singularis est, & specialiter id ibi quasi ex æquitate receptum, vel quia dies in quos viginti milliaria computantur plenos & integros, non quasi dimidiatos esse oportet: & in *l. 1.* eximitur etiam dies, in quem sisti oportet, quod tamen in aliis casibus nemo admittit.

THESIS IV.

Lit. A. & B.

Eaque semper antecedere debet.] De reali res certa est sed de verbali contrarium de consuetudine testatur Maranta citatus, & illud pro certo proponitur Clar. Et cum jure veteri, ipso fatente Tr. th. 1. etiã priuatus in ius vocare potuerit, commissionem istam de essentia vocationis aut citationis non esse consequitur. Potest sane ex stylo iudicij, essentiale hoc effici, sed ex observantia unius vel alterius iudicij, non recte infertur conclusio generalis, vide *Menoch 2 præs. 24.*

Non præsumitur, nisi probetur.] Dicere debebat, eam non præsumi, & ideo probandam esse, quia quæ probantur non amplius præsumuntur. Cæterum ipsa quoque assertio dubia est, siquidem relationi nuntij fides habenda est, juxta tradita ab ipso *Tr. lit. D.* Licet enim possit dari differentiæ ratio, quod iudex cuius fidem elegit ei, quoque fidem habere debet, hæc tamẽ superest paritatis ratio, quod cum reus iudicem vocantem sequi teneatur, etiam personæ, cuius fidem iudex elegit. & ex officio suo aliquid agendi fidem habere debet. Et ideo in dubio contra Treut. affirmaverim præsumendum esse pro nuntio, quod vocet ex commissione iudicis, eique fidẽ à vocato habendam esse, sicuti fides habetur à iudice ei quid egerit referenti: quod lit. D. cum generaliter affirmet Tr. male lit. B ad nuntios Cameræ non obscure restringit, dum in fine citationem alias parti traditã præsumi negat. Sed prius illud rectius se habet; quod tales nuntii deponunt super officio suo, & super gestu proprio, eoque actu, ad quẽ autoritate publica destinati & electi sunt. *Iason & Faber in §. quadrupli Instit. de act. Marant part. 6 de primo membr. iudicii n. 51.* Neque obstat *l. 6. de custod reor.* quia hoc saltem est officiũ Irenarchæ, ut deferat nomina, sed officiũ præsidis, cognoscere de causa & veritate delationis. Non obstat etiam, quod videri possit plus credendum alicui viro bono neganti se esse citatum quam nuntio affirmanti: quoniã quisque ille sit, si citatum se neget, deponit super causa propria, eoque minorẽ hac in re, quã nuntius fidem meretur. Vide de hoc an & quatenus nuntio fides habenda, prolixè *Iason in §. quadrupli. inst. d. action num. 14. & sequentibus.*

Lit. C.

Si ex probabili causa absuerit, eo casu procuratorem, &c.] Nimis generaliter & confuse hoc traditur. Vtique ponendi sunt termini habiles: & Mynsing. loquitur de causa appellationis, & de citando procuratore, qui in prima instantia in lite fuit: & Vantius de casu singulari procuratoris sese offerentis cum sufficienti mandato.

Dominus citari nequit sine procuratore.] Iure civili verius est, ubi procurator litem contestatus est, dominum nec citari posse: quod recte post Bart. male à Tr. improbatus Vantius tradit, qui tamen aliud iure Canonico obtinere scribit, & probatur hæc sententia vel ex hoc solo, quod procurator efficitur dominus litis. quod his ab eo citra causæ cognitionem transferri non potest *l. 22. C. de procur. ubi Salicet. & Sichard. numer. 1.* quod in eum necessario sententia ferenda est *l. 1. C d. sent Salicet. in d. l. 22. C. de procur. num. 3. & in d. l. 1. num. 5. & seqq. ibi Sichard nu. 7.* licet ex æquitate, quod ipso alieno nomine litem subiit, actio ipso iure competens denegetur *l. 4 de re iudic.* Et facile assentietur qui perpenderit, quis dominii sit effectus, & quid sit, esse litis dominum: scilicet ut non cum ipso negotii domino, sed cum procuratore lis agi intelligatur: ut proinde procurator citandus, & in dominum directa citatio fuerit nulla, quod & communiter tradunt *Dd in d. l. 22. C. de procurator.* Est tamen casus singularis in §. si vero 4. vers. alia insuper Institut. d. satisdat. secundum quem cum reus se tempore sententiæ ferendæ in iudicium venturum cavere teneatur, procul dubio etiam ad audiendam sententiam recte citabitur.

Die festo non posse fieri.] Non absurde videtur, defendi contrarium, quod & communiter probatum & usu receptum testatur Vantius: ubi videlicet insinuatio ita fit, ut certo præfixo termino aliquis comparere iubetur: quod iste insinuationis actus, vix quicquam iurisdictionale aut iudiciale habere videatur. Secundum quæ *l. ult. C de fer.* de citatione, quæ necessitatẽ mox sequendi & comparendi contineat, accipienda & explicanda erit, aut etiam ad eum referenda casũ, quo quis non ex remotis locis, ad tribunal aliquod

aliquod supremum, sed ab ipsius loci judice & apparitore in judicium vocatur. Neque obstat quod ita nihil novi statuatur, cum diebus feriatis non consistat judicium: quia imo Imperator certius hoc ne quicquam judiciale tractetur, constituere voluit: ideoque in specie adjicit: præconis horrida vox silescat, advocatio delitescat, &c.

THESIS V.

Lit. A.

Tenorem iurisdictionis suæ inserre.] Rectius dixisset, commissionis vel delegationis, cum delegatus ad unum casum, vix habeat jurisdictionē. Cæterum putaverim, non necessum esse, ut copia commissionis transmittatur, sed sufficere, si delegatio facta allegetur, ita ut pro ista assertione sit præsumendum, & citato comparendū sit, cui sufficiat post comparitionem delegationem factam probare, & cum necessum non sit transmitti originale, poterit etiam sufficere extractus & summarium, & porro nuda etiam delegationis allegatio: & quid si delegatio non inscriptis, sed viva voce facta sit? quod sane ex ratione juris fieri posse, extra controversiam est.

Qui facultatem procedendi ex arbitrio.] Parum subtiliter singularem speciem constituit judicis, qui facultatem habeat procedendi ex arbitrio, intelligens scilicet arbitratorem, quē Dd. ex *l. 76. pro socio* etiam inter judicum species numerant. Verum totum hoc ad rationem juris nostri exactum commentitium videtur, quin imo hic nullo modo judex est, sed tanquam cōpositor amicabilis intervenit cuius pronuntiatum nullo modo sententia est, neque ulla necessitate parendi partes adstringit: de quo pluribus agemus *infra disput. 12 th. 4.*

Lit. B.

Terminus pro circumducto habetur.]Non debebat omitti jus novissimum ex *N. 112 c. 3. §. 1. & 2.* ex qua reus in hoc casu etiam lite non contestāte petere potest, ut de causa principali cognoscatur, & sententia definitiva feratur: & adeo consequenter hic in contumaciam lis acceptabitur pro contestata *Sichard in Auth qui semel n. 27. & seqq. ibid. Salicet. numer 12. seqq. Quomodo & quando iudex sententiam. &c.*

Adeo ut nec induciæ actori.] Hoc cum generale sit ad casum præmissum non recte accommodatur: & alias nulla quoque hic aut frivola dubitandi ratio, cum actori in cuius potestate est agere, & qui sponte ultro ad judicem ivit, induciæ ad agendum inepte dentur: cum præsertim induciæ illæ deliberatoriæ ea causa dentur, ut sciat reus, cedere debeat an contendere *Auth. offeratur. C. de lit. contest.* quod in actore locum non invenit.

Lit. C.

Impune non paretur, in dubio tamen comparere.] Hæc non satis sibi convenire videtur, quia si tenentur comparere, utique tenetur parere, & cōsequenter verum est, quod non pareatur impune. Et plane cum extra territorium nulla sit citantis jurisdictio, hic in dubio casu esse non videmur, ut Prætor cognoscere possit, an sua sit jurisdictio, quæ ratio necessitatem sequēdi imponit *argum. l. 2. si quis in ius voc. &c* poterit tamen ita explicari Tr. ut quod in exegesi traditur, exceptionis locum obtineat ad regulā propositam in th. ut videlicet si dubitetur an extra territorium judex citet, & an eius sit territoriū, vocatus debeat comparere. Plane *in l. ult. d. iurisdict.* non agitur de citante, sed jus dicente: & facilius est ut citanti pareri debeat, usque dum doceatur de incompetentia: quæ sentētia Duar. est loquentis cum ICto *in l. 5. de iudic.* cui adeo male imputari videtur à Tr. quasi ille existimaret, etiam ei veniendum, in quem notorium est nullam jurisdictionem competere citanti. Et scilicet prætores octodecim qui Romæ jus dicebant *l. 2. §. capta 31. in fin de orig. iur.* non tam ratione personæ, quam causæ & objecti limitaram habebant jurisdictionem.

Quod si quis ad unum terminum.) In secundo membro huius quæstionis, ubi superior non nisi per viam appellationis adiri potest, nō tam respondendum est, quod inferiori se sister rectius, quam potius, quod inferiori se sistere habeat necesse, quod vel exemplo Cameræ Imperialis apparet. In priori membro videri possit species cōtradictionis, habere judicem inferiorem & superiorem, & tamen huic immediate esse subjectum: sed homonymia est in verbo *immediate*, quod hic usurpatur, pro, *absolute*, ut ostendit exemplum, quod *Mynsi. ex Zas. in l. contra pub. 54. numer. 12. de re iudic.* adducit, eoque fortassis rectius distinguatur an superior sit absolute superior, & jurisdictionem habeat concurrentem cum omnibus inferioribus magistratibus, an secus: ut illo casu superior, hoc inferiori citatus sistere se debeat: qua tamen in re instituta & consuetudines cujusque Reip. erunt observandæ *Coler. in process. execut. part. 3. cap 7. num. 36.*

THE-

THESIS VI.

LIT. A.

Sententia contra non citatum lata est ipso iure nulla.] Subjicit, etiamsi in favorem absentis lata sit. Atqui hæc non conveniunt, latam esse contra absentem, & in eius favorem: nisi forte utrumq; hoc dicere voluit, nullam esse, sive pro sive contra fuerit lata aut simpliciter hoc dicere, sententiam ad quam audiendam citatus quis non est: ipso jure esse nullam. Quæ quidem communis & recepta opinio est, proposita etiam infra *disput 12. th. 15. lit C. & p 2 disp. 23. th. 3 lit. I.* Sed dubium facit, quod ipse Tr. infra *th. 8. lit. B.* de jure verius esse ait, quod sufficiat una citatio ad totam causam: & sane ad actum istum proferendi sententiam nõ esse necessariam citationem specialem, probatur *l. 1. § ult quando appell. l.* .. *& ult. C. quomodo & quando iud. l. 4. C. de proc.* Neque obstat *l 47 de re iud. l. 1. §. 3. qua sent. sine app. l. 7. C. quomodo & quando iud.* in quibus & similibus locis præsentes opponuntur iis, quorum interest, & qui nunquam in iudicio fuerunt *arg. l. 14 in fi. d. app.* vel iis qui statim abesse cœperunt, & nũquam aditi fuerunt: de quo casu est *l. 13 §. 1. l. 29. in fi. de minor.* facit *l. ult. C. si per vim.* ubi perhibetur auferri possessio ab absente, quia merita causarum assertione partium pandantur: & cessante igitur decisionis ratione, ubi videl. in causa est conclusum: ipsa quoque cessabit decisio: qua de re plenius agitur locis paulo ante citatis.

An autem iudicio præsens adhuc citandus.] Distinguit Treut. ut comparere quidem, sed non actionem suscipere, & respondere teneatur. Vbi nisi intelligit responsionem incontinenti faciẽdam, non dubie errat, quippe quod alias comparitionis illius nullus plane futurus sit effectus, sed quidem arbitrio rei collocetur, respondere vel non Dicendum igitur, siquidem comparere necessum est. etiam salva tamen dilatione, à legibus concessa, respondendum & actionem suscipiendam esse. *Ias. in l. 1. ff. de in ius voc. Coler. decis. 103* Cæterum Treut. dum hic præsentem ad comparandum adstringit citra aliam citationẽ, in quæ tradidit *th. 3 lit. D.* contradicere videtur, videlicet citatum ad causam unam, cogi posse ut respondeat ad aliam: idque vel hoc argumẽto, quod *Gail. 1. observ. 51.* qui contra Treut. etiam ad aliam causam respondere teneri putat, hac sola ratione utitur, quod qui in judicio præsens est amplius non sit citandus.

Qui ne præsentes quidem actum impedire.] Nimis generaliter & indefinite hoc affirmatur, siquidem quod ex Gail. apparet speciali hoc casu, & ubi de tertio & interesse aliquod prætendente, agitur, ita haber locum. Cæterum iis quos causa principaliter concernit, velut actor & reus, de quibus præcipue hic agitur omnimodo citandi erunt, neque iudici, hanc facultatem aliquid allegandi partibus præcidere permittendum, & alias post conclusionem in causa nunquam necessario partes fuerint citandæ.

LIT. B.

In quibusdam tamen impetratione veniæ.] Nulla hic cum præcedenti cõnexio, quippe quod hactenus à thesi secunda egit de ea vocatione & citatione, quæ fit iussu judicis, ubi frustra quæratur de impetratione veniæ. Et nimium non leviter in methodi leges peccat, quod post citationem ex jure novo & moribus explicatã nulla præmissa cautione vel admonitione redit ad tractationem ex jure antiquo, & adeo simul citationem cum vocatione in jus confundit.

Quales sunt magistratus.] Perspicuus hic error est Treut. sub eam classem referentis magistratus, ex qua petita venia vocari possunt, cum ex jure Romano certũ sit, hos durante officio nullo modo vocari posse *l 2. h. t.* ad quam classem etiam pertinet, qui apud prætorem causam dicit *l. 7 inf. h. tit.* cui frustra à Pacio obijcitur *l. 54 §. 1. de re iuridic.* quia vera & facilis responsio est, eum qui in termino nõ comparet, ideo quod in aliud auditorium maius in alia causa: eodem tempore citatus fuit, contumacem non haberi.

Quod tamen de magistratibus maioribus.] Limitatio hæc nulla videtur, quia jam in thesi dixerat magistratus qui cum imperio sunt: quod in jure nostro non nisi de maioribus magistratibus prædicatur *l. 12. §. 1. de iud. l. 32. de iniur.*

Maiores pro delictis in officio commissis vocari posse.] Scilicet etiam durãte officio, quod ex oppositione præcedenti & Jasone allegato apparet, & quod alias nulla fuerit ratio dubitandi. Et hoc tamen, quod ipse certum esse ait, dubium redditur ex *l. 12. in pr. de accusat. l. 38. §. ult. de adult.* quibus locis pro regula traditur, majores magistratus durante officio accusari non posse, sed tantum ab iis cautionem exigi, ut se sistant in finem honoris: qui sane generales textus ad delicta ante commissa restringi non possunt: tũ hac ipsa de causa quia generales sunt, tum quia ubique ead militat ratio, dignitas magistratus & officij, tum denique, quod alias nulla cautione opus esset, si durante officio recte cõvenirentur,

rentur. Et hæc ita procul dubio jure antiquo obtinuerunt: sed aliquid videntur novasse Impp. *in l.4 C ad L.Iul.rep.* & tamen non absurde dixeris esse ibi speciale, quippe in crimine repetund. quod inficit ipsam administrationem, & delictũ quasi continuatum est: ut maxime intersit provincialium, hoc crimen detegi & puniri, & magistratum quamprimum removeri, ne ei ulterior in bona subditorum grassandi detur facultas: & in hanc sentẽtiam *d l.4.* accipiunt *gl Cyn. & Sal. ibid.* ubi notant speciale esse, si magistratus ratione & occasione officij, & quatenus administrat, delinquat. Cæterum hanc explicationem & restrictionem vix admittit *N 86.c.4.* ubi Iustin. singulariter constituit, ut magistratus non quidem accusentur, sed contra eos implorentur Episcopi, quorum sc. sanctitati & pietati hoc dedisse apparet Justinianum: & forte eo tempore, non annui, sed non raro perpetui præsides provinciarum fuerunt.

LIT C.

Cessante veteri illa ratione.] Cum Tr. referat ad th.1. satis colligitur, eam edictum prætoris de venia impetranda, ad violentam raptionem in jus referre: quæ etiam eorum quos *d th 1 sequitur.* sententia est *Duar. disp ann 1. & c.6 hic Vult. disc. schol. 1.* Verum ea opinio minime probanda est. I. *arg l.18.h t* ibi, *vim inferre videri.* etenim raptio violenta vera vis est. II. quia non citra impietatem petat filius, ut sibi patrem rapere liceat. III. quia ut *not. ad th.*1 nec prætor illud permittat IV per *l.11.h t.* ubi liberto pœnitenti remittitur pœna: atquin utique vis illata patrono sola pœnitentia non eluetur. V. per eandem *L.* 11. ubi cessat edicti pœna, si vocatus non venerit, aut non invitus vocatus sit: atquin qui rapitur, non potest non venire, & non potest non esse invitus. Et ergo dicendum est edictum prætoris ad simplicem vocationem in jus & dictionem diei pertinere: quam sine venia in personas illas noluit licitam esse prætor: nec quacunque necessitate sequendi aut satisdandi eos adstringi.

Frustranea videntur.] Fortassis non omnino: sed eatenus hodie quoque edicto locus erit, ut cum præfatione aliqua honoris contra ejusmodi illas personas processus petantur: quin omnimodo erit in illis judiciis inferioribus, in quibus moris est, ad solam etiam actoris interpellationem, eos in jus vocari.

Vtrum discipulus præceptorem.] Sequitur Treut. distinctionem, quam *ex Ioh de Plat* proponit Ias. *in §. pœnales I, de action numer.* 78. *& seqq.* inter citationem realem & verbalem. Verum si de edicto prætoris secundum verum ejus sensum, de quo paulo ante, quæras, siquidem sine venia cũ in jus verbaliter vocari posse concedas, eo ipso edicto locum esse negabis, quæ etiam sententia Jasonis est d loco: & ego tamen Angelum ibid. sequi malim, maxime cum de Doctore, scholaris magistratus ea quæstio à Iasone proponatur. Quod si ex mente Tr. edictum de ratione violẽta accipias, inepta illa distinctio erit. Cæteroquin si de citatione reali ad hodiernos mores disputamus, quibus illa nõ nisi rarissime in causis civilibus locũ habet. & quod Treut. sup. vere docuit, non nisi ad commissionem judicis fieri potest, tãto minus hodie hac distinctione recte utemur. Sed & distinguendi præceptores sunt, nec de quibusvis fortassis annuis aut leviter operam mercenariam locantibus, hoc affirmandum, sed iis quos æquali cum parentibus jure colendos esse, Juvenalis, quibus etiam plusquam parentibus deberi Alexand. Magnus censuit.

Vtrum privignus novercam.] Probanda videtur contra Angelum distinctio *Ias. in §. pœnales. Inst. de act. num.* 75. inter affinitatem durantem & dissolutam.

THESIS VII.

LIT. A.

Similiter citari nequit.] Hic eodem vitio laborat quo th. præc. quod sc. vocationem cum citatione confundit: siquidem iudex dum causam cognoscit & qui apud eum causam agit de quibus in *l. 2.d in ius voc.* in jus quidem vocari non possunt ut sc vocantem sequi teneantur, sed eo modo, quo aliquot thesibus disputavit citari utique possunt.

LIT. B.

Pupilli loco tutor.] Ego contra Tr. cum *Bart in l.1.§ sufficit de administ. tut. Ias in l 2. in fin. pr. h t.* defendi posse existimo, etiam in personam pupilli, qui modo maior septem annis sit, recte cõcipi citationẽ: ex *d.l.1* quæ electionem permittit tutori, an ipse per se defendere pupillum, an eũ exhibere, ipsique auctorari velit. Et ita non dubitem, ex ratione juris antiqui præsente tutore in jus vocari pupillum potuisse & multo magis, ubi hanc viam auctorandi pupillo elegisse tutor, non tantum potuisse, sed etiam debuisse citari pupillum. Et ratio Treut. quod pupillus non habeat idoneam standi personam in judicio, non concludit: vel quia ad eum effectum non fit citatio, ut pupillus per se compareat, eoque

eoque nō pupillo soli separatim insinuanda est: vel quia ratio illa claudicat in minore, qui utiq; eo casu, quo curatorē nō habet, recte citabitur, & nisi curatorē, quo autore defendatur, sibi petat, missionē in possessionem bonorū patietur, juxta notata *Zas. in l. si minor. de reb. aut. iud.*

Lit. C.

Verbali non reali citatione.] Liquidissimum hoc est, neminē pro debito alieno jure posse apprehendi: neque alia de causa hoc aspersit Tr. nisi occasionē haberet contra methodi leges de isto citationis genere quædam alieno loco proponēdi. Cæterum si pupillus pubertati proximus & doli capax sit, ipse realiter citari poterit.

Nec in muliere locum habet.] Nulla hic connexio & alia ratio tutoris in causa aliena, & mulieris in causa propria, quæ speciali privilegio favore sexus concesso defenditur. Et tamen fallacia hic committitur homonymiæ: quia hoc tantū mulieribus datum, ne in carcerem publicum & cōsuetum ducantur: cæteroquin mulieres comprehensas monasterio includi vult Justinianus, quæ revera realis est citatio.

Nisi publicus latro vel homicida.] Hos etiam ex templo extrahendos ait, eoque confusim tractat de personis, quæ, & de loco, ex quo quin & de causis, in quibus realis citatio fiat: siquidem ex eo, quod latronis & homicidæ mentionē facit, etiam de criminalibus eum dispu are apparet. In quibus perspicue falsa est subjecta exceptio, de milite, clerico & minore, quos propter delicta commissa comprehendi posse nulla dubitatio est quin nec in civilibus minorem excipiendum crediderim, & Gail citato loco nominatim de infantibus & impuberibus loquitur.

Doctores legum vel professores.] Cum etiam *in l. 6. C. de profess.* horum uxores & liberi contineantur, in criminalibus proculdubio falsa erit hæc sententia. Et nimirum Impp. hoc privilegium illis concesserunt ut ne sicut plebei, vel qualibet aliæ personæ in judicium ducantur & exhibeantur. Porro Poetæ & Musici, quatenus nil nisi tales, recte contineri negantur, cæterum eos aliquando professores esse nihil prohibet. Textus tamen allegati nihil faciunt *cum l. 3. C. de profess.* loquatur de immunitate munerū, *& in l. 4. C. de excus. mun* Hydraulas de Musicis explicare, sit absurdū, in quo lapsus videtur *Cuiac. in l. 6. §. grammatici, de excus. tut.*

Lit. D.

Citari possunt qui in vinculis.] Hic iterū alio sensu accipit verbū citationis quā in pr. th. nimirum quod his denuntiari posset (utiq; enim nec realiter, nec ad eū effectū ut sequatur, citari queūt) ut in judicio se defendant: quoniā sc. etiam per procuratorē citatus cōparere & respondere potest, quod not. las. citato loco, ita videlicet, ut restitutioni locus sit, non simpliciter, quomodo loquitur Tr. sed tū demū, si procuratorem non potuerint reperire. Plane cum dixisset eos citari posse, insubtiliter subjicit in allegatis, nec citatio eorū ipso jure nulla est, cum ex præmissis, citationem ipso jure valere affirmandum esset.

THESIS VIII.

Lit. A.

Si causa notoria sint, omitti eam posse] Lubrica & periculosa videtur hæc sententia, siquidem omnino de essentia est processus, imo vix ulla possit esse tanta notorietas, quæ excludat omnem exceptionem, præsertim circa ea, quæ consistunt in facto & semper reus jure conqueri possit, habuisse se quod opponeret *Salic. in l. 7. nu. 74. C. de accus. & inscrip.* & si citatio omitti potest, poterit etiam & magis omitti litis contestatio, quin & ipsa sententia, & cum qui non citandus, nec audiendus sit, statim ab executione initium fieri poterit: quæ tamen & absurda, nec tantum rationi juris civilis, sed ipsi rationi contraria cum sint, præstat cum Gail. & aliis insistere regulæ, quam prætextu notorietatis absurdam statuere exceptionem. Et frustra affertur *l. 2. §. 2. de adminis. rer. & civit.* quæ ratio decidendi, non à notorietate, sed à favore causæ dependet, quæ facit ut etiam teneat pronunciatum contra absentem. Plane quoad unum aliquem actum sententiæ Treutleri locus esse possit. Simpliciter dicam, quod aut ea notorietas est, ut ab executione incipere liceat, & frustra quæritur de citatione aut negotium cognitionem causæ qualam desiderat, & utique citatione opus erit. Cætera de causis in quibus non opus sit citatione, non moramur, & peccat hic quoque Treutl. in leges methodi, idem bis tractans, siquidem hunc locum iam attigerat *th. 6. lit. A.*

Lit. A. & B.

Quæ ad totam causam sufficit.] Hic quidem sibi quodammodo contradicit *th. 6. lit. A.* ubi ut sententia valeat, necessario requirit, ut ad eā audiēdā partes sint citatæ. Et haud scio, an istud juri civili, præsertim rationi procedendi ex jure veteri convenire possit. quo non ut hodie in ordinariis judiciis, stati solennesque erāt termini, sed ut ipse Tr. docet *th. 1. lit. F.* formula concepta & iudice addictio ipso die cognitionis, licet de eo partibus constaret, præconis voce citatio

 fieri

fieri solebat: quod etiam porro, siquidem non statim uno die judicium & cognitio absolvebatur, factum fuisse probabile est: quo etiã omissio, dies dicta & conventa eos admonere poterat: veluti qui in jus vocati de sistendo in certum diem caverant, etiam citra aliam vocationem ad vadimonium occurrere tenebantur. Neque ratione caret, quod locis citatis referunt *Marant. & Vant.* citationem ad totã causam receptã & usitatã esse, ubi quis ex longinquis locis ad respondendum aut litigandum evocatur, quod etiam vult *Schurff. cent. 1. consi 81. n 1. & 6.*

In causis purgationum.] Exceptio hæc etiam extat apud *Mynf. 4. observ 33. & 3. observ 86.* ubi rationem desumit à gravitate & magnitudine præjudicij. Quæ sane ratio nullius est momenti, quod in quacunque causa contra citatum & non comparentem tanquam contumacem proceditur, idem præiudicium versatur. Et videtur hic imprudenter confundi citatio unica, & citatio ad totam causam, siquidem etiam tertio repeti citatio potest, ut tamẽ semper sit ad totam causam: eodemque modo in camera non semper sufficiet una citatio, sed semper tamen erit ad totam causam. Et peccat igitur Tr. dum ad regulam de citatione ad totam causam, subjicit exceptionem de citatione iterata.

LIT. C.

Quæ hic de edictali citatione traduntur, à tractatione de causis, sunt aliena, & rectius sub *th. 2 lit F.* proposita fuissent.

Eamque solus ordinarius.] Ex ratione juris non dubitem ita quoque citare posse eum cui iurisdictio præsertim ad universitatem causarum mandata est, cum hic omnia faciat ex persona & iure mandantis. Neque obstat *N. 112. c. 3 inf. pr.* ubi ordinarii magistratus opponuntur iudicibus specialibus qui secundum mores eius seculi ad singulas causas dari solebant. Plane de legatis hodiernis, qui mixtam speciem iudicum datorum, & eorũ quibus est mandata jurisdictio constituere videntur, juxta notata disp. præced. facultatem ita citandi permittendam non esse, non invitus concesserim. Delegato tamen principis, id conceditur à Tr. *th. 2. lit. E.*

Fit plerumque peremptorie tribus edictis.] Insubtiliter hoc dicitur, siquidem illa peremptoria dicitur citatio, quando una plurium loco interponitur.

Citatio una sufficit si iudex pro tribunali, &c.] Verum hoc non videtur, quia decretum istud judicis non magis facere potest partem contumacem, & ideo tertia citatio requiri videtur, quod prima vel secunda non recte præsumitur insinuata. Et male cœpit Treut Mindanum qui loco citato istum effectum adscribit monitioni iudicis factæ ad partem præsentem, per quam sane omnis ignorantiæ præsumptio excluditur, vide *Sich. in l. 2 numer. 14. C. quom. & quando iudex & ibid. Salic. numer. 3. & 6.* Secundum quæ male infert Tr. quod principis citatio semper habeat vim peremptorii tum quia princeps non semper pro tribunali decernit citationem, tum quia diversa est monitio partis præsentis à citatione quæ insinuatur absenti.

THESIS IX.

LIT. A.

Delegati iurisdictionem perpetuat.] Effectus est, ut post citationem defuncto mandante delegatus procedere possit: idque videtur firmari exemplo mandati procuratorii. Verum diversa huius & illius ratio est: quia procurator sibi ipsi quærit obligationem & actionem, ubi primum negotium aggressus est, res integra esse desinit, & propter interesse procuratoris revocare mandatum non licet. Atqui delegati quicquid etiam gesserit, nihil interesse dici potest, nec ille quicquam sibi acquirit, aut in suam personam transfert, eoque etiam post litis contestationem mandans ad se jurisdictionem revocare potest *Zas in l 5. de iurisdict nu. 57 Br. ibid n. 11. Ias. in l 1 §. qui mandat in princ de offic eius.* Ex quo effici videtur, etiamsi post litis contestationẽ mortuus sit delegans, delegatum amplius procedere non posse: quippe cum omnia ex persona illius agat, illo sublato, nihil amplius agere poterit. Facit quod mortuo delegãte idem videtur esse, ac si remotus ab officio fuisset: quo facto jus delegati exspirare notant *D in l. 5. de iurisd.* Et vero magistratus non habet iurisdictionem iure suo, sed sibi à Republ. commissam, ut neque moriens quicquam in aliũ transmittat, neque novos magistratus ipsi succedat. Etsi ita statuamus, nulla infertur iniqua conditio actori, cui forte per citationẽ vel litis contestationẽ ius sit quæsitũ: quia novus magistratus in eodem statu in quo est causam suscipere tenebitur. Et hæc quidem efficere videbãtur, ut mortuo delegante, omnino delegans procedere non posset. Verũ utilitatis ratio suasit aliud hic statui, quod probatur *ex l 6. de iurisdict* quæ dum ait, confirmari mandatã iurisdictionẽ satis innuit, citra legis assistentiã procedere delegatũ non posse, & hoc adeo non à nuda authoritate mandantis sed à legis confirma-

firma-

firmatione proficisci: quæ scilicet facit, ut interim procedere liceat delegato, dum alius magistratus creatur, cui procul dubio ius erit causam utcunque ceptam ad sese revocandi: cæterum patientia sua delegationem a decessore factam censebitur confirmare & repetere. Porro cum *in d.l.6. de iurisdict.* re nô amplius integra delegantis iurisdictionem confirmari traditur, illud videndum superest, quando res integra esse desinat. Et sunt qui etiam nondum facta citatione fundatam delegati iurisdictionem putant, quos refert & refutat *Iason in l. 5. de iurisdiction.* Sed communius receptum est, quod res integra esse desinat per citationem *Bart. in d.l.5 n 13. Bald. ibid. num 6 & 5. Zas. 2.45. & 57. Iason. col. 11. per C c. 20. de offi. deleg* per quod communiter correctum traditur *cap. 19. eod.* quod requirit litis côtestationem, unde fabella de Azone quod capit gratum, & capit. relatum eum fecerint vituperatum, dum ille non inspecto *cap* 20. iurisdictionem delegati litis contestatione demum perpetuati *ex cap. 19.* contenderet: nisi quis pro Azone dixerit *d. cap. 20.* verbum, maxime, accipiendû esse limitative, videlicet si delegat⁹ ignoret decessisse delegantem, vel alias ut in dubio valere intelligatur processus. Cæterum *Cyn. in l. 5. de iurisd. n. 18.* differentiam hac in re statuit inter ius Canonicum & civile, ex quo opus esse existimat litis contestatione Verum cum ead. hic ratio videatur perpetuandi iurisdictionem, quæ est in præveniendo, defendi possit etiam ex ratione iuris civilis rem integram esse desinere per citationis emanationem, secundum hodiernum procedendi morem *Chil. Konig. in process. cap. 14. Gail. lib. 1. observat. 74. n* 18 etenim ex ratione iuris veteris de citatione proprie sumpta inepte dubitetur, & vocationi in ius, quæ etiâ à privatis fieri poterat, effectus ille adscribi non possit: ideoque opus fuit hinc aditione, illinc causæ suscepta cognitione *argument. l. 18. de iurisd. Scip. Gent. 2. de iurisd cap. 19.* Alia plane ratio est iudicis dati qui, licet re integra verbi causa prætor decedat, recte de causa cognoscit, quia ab ipso officio datus videtur *l. 49. §. ult. de iudic.*

LIT. B.

Citantis vere magistratus, &c] Nulla hic cum præcedenti connexio: & alias ea sub inepte hic affectatur, siquidem neque citatio præcipuum munus judicis est, neque remedia hic proposita, præsertim actio de qua in fi. th. quicquam cum citatione commune habent: & in specie actio de albo corrupto contra eum qui citationem verbi propositam, corrupit, non competit: & in *lege unic si quis ius dicenti*, non coercetur ille, qui non respondit ad citationem: & omnino hoc sub disputatio. præceden. tradendum fuisset.

Inter actorem & fiscum dividendorum] At ita observari in popularibus actionibus, ubi res ad certum aliquem hominem non pertinet. Et ergo si ad certum hominem pertinet, totum erit actoris. Sed utrumque hoc membrum laborat: illud quidem, quia ibi potius totum debet esse fisci, quod probat *l. fin. in pr. de term. mot.* hoc vero quia si isto negligente alius agat, ad istum res non pertinebit, neque tamen hinc inter actorem & fiscum divisio instituetur. Et ergo distinctione hic opus est. I inter actionis ex edicto propositionem, & eius in iudicio deductionem ut videlicet ubi actio popularis propter damnum alicui datum proposita est, quicunque etiam agens, totam pœnan consequatur. II. Inter rationem & formulam intendendi sive agendi, & modum condemnandi, sive potius exequendi: cuius distinctionis effectus spectatur in ijs actionibus popularibus, ex quibus agitur ad vindictam, ut tamen aliquando pars pœnæ adiicatur, adiudicetur, vel quocunque modo tribuatur actoribus, loco præmii, quo ad vindictâ illam experendam alliciantur: quæ species est *in l. 25. §. ult. ad Syllan.* ex quo textu Treutl. male sententiam suam comprobare conatur: vel quia a particulari male infertur. vel quia non ita intenditur illa actione, ut dimidium detur actori, sed hoc tantum præmij loco actori tribuitur. Et habent omnino actiones populares non certam & eandem naturam, sed quam ipsis prætor, vel alius legislator dedit, eoque aliquando pars datur actori *l 25 ad Syllan.* aliquando totum fisco *l. fi. in pr. d term mot* in quo labitur Goeddeus *in l. 12. de V S. num 16.* qui semper pœnam vult esse actoris, quod est contra *d. l. 25. § ult ad Syllan* ubi non iure actionis sed præmii loco actor aliquid consequitur, & contra *d. l fin. d. term mot.* neque enim unquam cuiusquam aures illam ferant explicationem *in publico dari, id est ex populari actione dari* quin imo aperte significant, fisco illud dandum esse, sicut *in d. l. 25. in prin.* ex publico dari, est ex fisco dari. Plane in dubio pœnam actori applicandam orem facile admitto *ut in l. 1. in prin. de sepulch. viol. d. l. ult de litig. l. 5. §. hac autem actio de his qui deiecerint. fac optime l. 12 de V S.* quod si enim actor creditor dicitur, necessum

 est

est etiam reum esse debitorem: neque aut totum fisco, aut partem tantum præmii loco actori tribui: siquidem hoc iure crediti aut actionis non venit. Neque possis textum generalem in *d. l. 12.* restringere ad eum casum, ubi propter interesse privati actio popularis proposita est: nisi porro ad eum etiam casum, quo is agit cuius interest, restringere hoc velis quia reliqui illo negligente occupantes interesse proprium prætendere non possunt Ideoque statuendum videtur contra Treutl. ex hac quoque actione albi corrupti, de qua *l. 7. & 9. de iurisdict.* totum applicari actori: quamvis videam distingui hic posse, an vindicetur id, quo uni ex populo damnum datum sit, vel dari possit, an secus, velut in specie *d. l. 7. & 9. de iurisdict.* attamen etiam in casu *l. 3. de sepulchr. viol.* nemini ex populo damnum datum est, & potest simpliciter in republ. ius populi læsum dici & si singula ista momenta ponderentur, nihil unquam certi definiri possit, vide de hac re *Angel. & Ioh. Fab. in §. pœnales I. de act. & Zas. ibid. num. 16. Ias. num 39. & seq. ubi ex Br.* refert & probat hanc theoricam: quod quandocunque Lex vel edictum introducat, & proponat actionem vel iudicium, persecutio pœnæ debeatur actori: quod ut regulare esse admittam, habet tamē illud exceptionem velut *l. 25. §. 1. ad Silan.* Porro sententiæ illi, quod in dubio pœna sit actoris, non obstat *l. 42. in pr. de procur.* Ubi non ideo negatur dari posse procurator, quod actio sit criminalis, adeoque pœna ad fiscum pertineat, sed quia ante litem contestatam omnium par & æquale ius est.

Lit. D & E.

Circa hanc actionem duo quærantur I. quod nam sit illud, quod *in l. un. si quis ius dicenti* a ICto appellatur extremum. II. qualis nam sit hæc actio & ad quid detur. Quod ad prius attinet novem hic intellectus esse *in d. l. un. §. 1. scribit. Ias.* & Bulgarus quidem intellexit ea quæ concernunt executionem: quem intellectum ab omnibus reprobari ibidem tradit Iason: & Bartol. omnes præter hunc, tolerabiles intellectus esse pronunciat: quippe quod in quacunque iudicii parte contumax mulctari à iudice possit: ideoque ipsis extremum est: principium medium & ultimum, quibusdam principium & ultimum: quod Ias. suaviter scilicet confirmat à notatione verbi, *extremum*, id est, *extra medium.* Verum hi non animadverterunt, hoc edicto speciale genus mulctæ, & specialem actionē introductā, qua specialis contumacia coerceatur, ut nō immerito ineptias illas Dd. reprehendat *Zas. 1. int. sing. 2. per text. in d. l. un. §. 1.* Ait ICtus: veluti si quis rem mobilem vindicari à se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: (videlicet hoc edicto & hac pœna non tenetur) cæterum si & sequentia refutavit, (scilicet hoc edicto tenebitur) sequentia autem nimirum sunt: *ferri & duci* quæ qui fieri permittit, licet vindicari à se passus non fuerit, quasi purgata contumacia hāc pœnam evitat. Secundum hæc rectior videtur explicatio Bulgari probata etiam Zas. ut extremum de executorialibus accipiamus, siquidem ipse prætor sententias iudicum datorum exequitur *l. 15. in princ. de re iud.* Neque movet obiectio *Ant. Fabr. in d. l. un* (ubi tamen erronee sententiam istam Dd. vulgo ascribit) quod in executione nullum factum partis, sed iudicis interveniat: quia hic non punitur tantum qui aliquid fecit, sed qui facto iudicis obstitit, & illud quo minus fieret, impedivit, per *dict. l. un. §. 1. ibi. si & sequentia recusavit.* Attamen hoc ad executiones, quæ sententiam latam subsequuntur, restringi nolim: sed omnino dixerim, omne illud hic extremum dici, de quo expediendo, sive in iure sive in iudicio tractatur, eoque omnem eum hac actione teneri, qui contumacia sua efficit, quo minus magistratus, ad id, de quo apud ipsum agitur, pervenire queat, ideoque etiamsi tantum de extraiudiciali actu tractetur, verbi causa mittendo in possessionem ex primo decreto, imo si tantum verbi causa de cavendo damni infecti, edicto huic & pœnæ locum esse dixerim, quippe quod hæc respectu istius, quod in iudicio tractatur, extremorum habent rationem: quod non displicere videtur *Duaren. 1 disp. 50.* imo fortassis fortius quis tentaverit, quamcunque contumaciam, postquam commissam subsistit prætor, hoc edicto coerceri: eoque hanc cōtumaciam extra pœnam istam esse, quæ porro procedente prætore, quasi per pœnitentiam & patientiam sequutam purgetur & elevetur.

Atque hæc de primo. Sequitur alterum, qualis nam hæc actio sit & quid persequatur, Et Treutl. quidem eam facit privatam, quæ ad id competat, ut reus contumax damno litis mulctetur: sequutus *Duaren. ad titul. si quis ius dicenti & 1. disputat. 50. & in apolog. advers. Baron. itemque Perennot. 1. animadver. 20. ex d. l. un. §. ultim. ibi. quāti ea res est.* Verū placet magis contra Treutler. eorum sententia, qui hanc actionem faciunt popularem: quæ communis videtur Dd. qui teste *Ias. in d. §. ult.* fisco ex hoc edicto actionem con-

concedunt, quod sequuntur *Zas. 1. intell. singul. 2. Cuiac. 24. observat. 25. Scip. Gentil. 1. de iurisdict.* 8. qui verba *d. §. ult* quanti ea res est, ita explicant, quanti contumaciam non parentis puniri publice intersit. Et tamen etiam admissa altera explicatione, nihilominus popularem hanc actionem esse, defendi potest: ut scilicet dicamus, prætorem tanti voluisse æstimare iniuriam suam quanti verbi causa res petita & abduci iussa fuit. Amplius licet privatam hanc actionem esse concedam, attamen ad hoc eam tantum competere, ut reus damno litis mulctetur, minime concedam: neque dubitabo, quin cum exactione mulctæ, nihilominus persecutio rei ipsius concurrat per sæpe *d. l. un.* in qua dicitur coerceri contumaciam, esse pœnale iudicium, imo cōtinere meram pœnam, eoque nec post annum nec in hæredem dari, quæ sane secus se haberent, si tantum rei verbi causæ petitæ æstimatio in hoc iudicium veniret. Licet enim aliquādo per calumniam possit esse instituta actio, & nihil fuisse debitum: attamē præsumptio est pro petente, & magis pro iussione & decreto magistratus, quod cum pro veritate habeatur, semper quod petitum est, debitum dici potest: & generaliter hoc obtinet, & ex natura ipsius actionis, ut ea meram pœnam continere dicatur.

Datur hæc actio etiam reo] Hoc ita explicat, si actore causam relinquente inpendenti, reus per processum in contumaciam ab instantia absolvatur. Hoc vero ineptum esse apparet, siquidem hæc absolutio, cum actione hac pœnali nihil plane habet commune: eoque ad alium casum *§. 3. d. l. un.* necessario referendus est, de quo *Iason ibid. Zas. 1. intel sing. 2. Cuiac. 24. c. 25.* Quæ sequūtur lit. E. de bannito, contumace, expensis, trina citatione, ut partim iterata, & alieno loco proposita, partim etiam expedita faciliaque, & remissive tantum tractata, insuper habemus.

LIT. F.

Tandem ne quid] Hæc quoque affectata connexio nulla est: sed quod ipsam rem attinet, imputat Treutl. Dd quasi ex levi quoque culpa edicto faciant locum. Atqui Zas. quem Treutl. pro se adducit, contrarium errorem Dd. imputat, quasi hi neque ex lata culpa edicto faciant locum: & tamen apud *Bartol & Iason in l 2. quod quisque iuris.* hoc saltem reperio, quod imperitia assessoris latæ culpæ annumeretur: ex quo sane male inferri videtur, latam culpam in ipso iudice aut magistratu hoc modo coercendam non esse. Ex quibus apparet omnino falli Treutl. siquidem Dd. ne quidem in assessore hoc edictum admittunt, nisi ex lata culpa: quam scilicet illi in imperitia iuris, non magistratus, sed assessoris collocant, *Bartol. Iason & Zas. in d. l. 2.* ubi hoc commune testantur, quippe quod assessor peritiam iuris profiteatur. Et ergo edictum illud non tantum magistratum, sed etiam assessorem coercet. *d. l. 2.* ibi, *sed ipsi assessori:* quæ verba imperito interpreti imperite adscribit *Ant. Fab. ib.* ex inepta ratione, quod edictum tantum comprehendat eum qui ius iniquum vel petiit vel statuit: quia statuisse quoque videtur, qui ius iniquum suggessit magistratui, & ita, ut statueretur effecit.

In propria causa eo consilio stare.] Nolim eo usque hoc edictum extendi, quod hic neque assessor neque magistratus sit: & durum videatur, adstringere advocatum, ut perpetuo unam eandemque sententiam sequatur: cum etiam non videatur illicitum, sequi aliquando probabilitatem, & præsertim in quæstionibus iuris controversis, amicitiæ vel favori aliquid dare. Poterit tamen ita accipi Treutl. si consulens sit in dolo malo vel lata culpa versutiæ: quomodo ipse Zas. eam sententiam limitat.

THESIS X.

LIT. B.

Quia per responsionem ad positiones.] Negat hic per responsionem ad positiones induci litis contestationem *cum Gail. 1. obs. 73. in fin. quod & notat Mynf. resp. 2. n. 6. Masc. conc. 434 n. 13. ex Bald qui in l un C. d. litis contest. col. 3. vers 9. quaro*, distinguit, an respōsio referatur ad positiones an ad libellum: ex hoc fundamento, quod aliud sit petitio aliud positio, & ut loquitur Gail. quod qui ponit, nihil petat. Verum ut hanc opinionem ita in praxi suo loco relinquamus, quæ fundatur expresso textu *in. c. un. d lit. contest.* ea fortassis exacta ad veras rationes, dubia videri possit. Nam primo oppositio illa positionis & libelli, vitiosa est, cū positiones procul dubio partē libelli faciant: imo cū ex omniū sentētia, quā lit. C proponit Tr. libellus sit quidam syllogismus Juridicus, syllogismi principales partes constat esse propositionem maiorem & minorem, adeo quidem ut à Logicis conclusio pars essentialis syllogismi esse negetur. Et ergo qui respōdet positionibus quibus continetur propositio maior & minor, etiam respondet libello 2. vitiosa videtur collectio: qui ponit non petit Ergo qui respondet positioni, non cōtestatur litē: quia ad litis cōtestationem

tionem satis est oppugnari actoris intentionem
& narrationem. & huic contradici: narratio au-
tem illa & intentio consistit in possessionibus:
& quidem litis contestationem fieri per affir-
mationem, & negationem, eamque induci, si
reus neget narrata actoris, probatur ex *leg. prima*
Cod. d. lit. contestat. & apertius ex *leg. rem non no-*
vam 14. §. 1. Cod. de iudic. & ipsorum practicorum
recepta est sententia, per tradita *à Maranta part.*
6 tit. d. lit. contestat. num. 4. Mascard. d. conclus. 434.
num. 1. Menoch. 1. praes. 301.

Iur. Sax. quia libellus simplex ideo per responsionem
&c.] Parum subtilis videtur haec ratio differen-
tiae: quia ita demum litis contestationem fieri
subjicit, si responsio fiat ad singula libelli puncta
& capita, inter quae necessario continetur con-
clusio, itaque si etiam libelli articulati, cui iti-
dem annexa est conclusio, singulis partibus re-
spondeatur, omnimodo etiam litis contestatio
facta dicenda erit.

LIT. C.

Olim iudicis proprium nomen.] Intelligit judi-
cem pedaneum, quia judicem opponit praetori,
quem certum esse dicit. Atqui hic judex initio
nullus, sed postquam à praetore datus erat, non
minus certus fuit. Sed & amplius ideo hoc male,
quod ex ratione juris illius, nullus libellus à par-
te conscriptus, iudici pedaneo offerebatur, sed
partes ad eum mittebantur cum formula à prae-
tore concepta, secundum quam, non autem se-
cundum libellum aliquem ab actore conceptū,
iudex pedaneus iudicabat: in qua plane formu-
la nomen iudicis exprimebatur. Oppositio quo-
que illa iudicis pedanei & praetoris, secundum
veterem procedendi rationem nulla est: quia
cum nullus plane libellus praetori offerretur, sed
ab ipso praetore formula actionis peteretur, con-
sequenter frustra de nomine sive proprio sive
officii exprimendo tractatur.

Causam vero remotam.] Traditio haec Dd. quā
sequitur Tr. minus est accurata. Et rectius dici-
tur, quod in personalibus causa exprimenda sit
specialis, sed in actionibus realibus sufficiat ge-
neralis: Scilicet nō recte ago cōtra aliquē, quod
mihi sit obligatus: quia causa generalis incerta,
vaga & indefinita est: sed recte ago sive vindico
rem, quia mea est, & quia ejus dominus sum:
quia causa certa est & definita: cuius rationis ra-
tio petenda est *ex l. 14. §. 2. d. except. rei iudic.* quia
ex pluribus causis obligatum aliquem habere
possum, sed ex una tantum causa dominus eius
esse possum. *Gloss. in l. 1. in princip. ff. de edendo. Sali-*
cet. in l. 3. Cod. de edend. nu. 5. & 7. Sich. ad Rubr. nu.
6. de Obliga. & actio. Caeterum quo ad aliquos ef-
fectus, interest an quis in genere rem suam esse
intendat, an adiecta causa, ex empto vel dona-
to, de quo agitur *infr. disp. 15. thes. 2.*

Actionis nomen iure civili exprimendum] Hoc
textibus allegatis non probatur, *& l. ult. Cod. de*
interd. hoc statuit, ut vitatis ambagibus ex causa
interdictorum recta actio proponatur. Et ut
maximè iure veteri ita obtinuisse dicas aliud ta-
men statuendum fuerit, postquam & à Constan-
tino *in l. prima Cod. d. form.* sublatae formulae, &
à Theodosio *in l. 2. C. eod.* sublata impetratione
actionum, constitutum sufficere, si apta sit actio
& proposito negotio competens *Sal. in leg. 4 n.*
2. Cod. de Interd. Sich. ad rubr. num. 5. de obl. & actio.
secundum quae tempora etiam accipi potest
quod ait *Iustin. in §. ultimo Instit. d. interdict.* omnia
iudicia facta esse extraordinaria. Quin amplius
ex ratione iuris veteris in libello nomen expri-
mendum fuisse inepte dicitur: verum iuxta nar-
rata actoris formulae conceptae illud inserebatur
Ita scilicet ius olim fuit, ut secundum actionem
petitam praetor conciperet formulam, qua for-
mula revera libellus continebatur, non autem
illa petitione, qua actor formulae & actionis
constitutione à praetore impetrabat.

LIT. B.

Distinguit hac litera libellum conceptum in
modum Syllogismi, ab eo qui in modum enthy-
mematis conceptus est, hoc modo: quod in illo
causa petendi tanquam propositio major prae-
cedat narrationem, tanquam assumtionem, in
hoc vero narrationem sequatur. At vero cum in
huiusmodi libello saltem propositionum inver-
sio sit & Enthymema hoc differat à syllogismo,
non quod propositiones transpositae, sed quod
una earum omissa sit, apparet etiam, eum libel-
lum Enthymematicum dicendum, non in quo
causa petendi narrationem sequitur, ut male
censet Treutl. sed in quo petendi generalis o-
missa est. Sententiam istam, quod Enthymema
sit argumentationis species: in qua alterutra
propositionum omissa est, quoniam in dubium
vocatur (licet à ICto exacta huius rei cognitio
non requiratur & excusatus ille sit, si vulgo re-
ceptas opiniones sectetur) pluribus confirmare
libet Descriptio Enthymematis apud Aristotel.
2. prior. Annal. c. 27. haec extat, quod Enthyme-
ma sit συλλογισμὸς ἀτελὴς ἐξ εἰκότων καὶ ση-
μείων: ubi Pacius in notis prioribus ad verbum
ἀτελὴς

ἀτελὲς, adscripsit rationem quia desit una propositio: & cum eod loco Aristotel. statuat aliquod signum necessarium, ex quo concludatur in prima figura, absurdissimum fuerit argumentationem ex duabus propositionibus necessario concludentem, appellare enthymema. Petrus Ramus lib. 8. schol. Dialect. c. 13. itidem enthymema imperfectum syllogismum esse dicit: & non ineruditus eius interpres Georgius Dunamus Britannus ad lib. 2. Dial. Rami c. 9. enthymema vocat syllogismum imperfectum & parte aliqua mutilum. Iul. Scaliger summus Philosophus 3. d. art. poet. c. 71. enthymema, inquit, est syllogismus mutilus, cum altera ex duabus propositionibus in animos suppressa, altera cũ conclusione enuntiatur. Quintilianus etiam lib. 5. c. de argumentis, Enthymema vocat syllogismum imperfectum, & non totidem partibus constantẽ. Boetius qui ante mille annos vixit, enthymema definit. 1. comment. in top. Cicer. syllogismũ imperfectũ, cuius aliquæ partes vel propter brevitatem vel propter notitiam omissæ sunt: & 3. comment. in eod. top. quia, inquit, non totus syllogismus ponitur, enthymema dicitur: quasi brevis conceptio mentis. Græcus scriptor Georgius Pacynerius in epit. organ. Aristot. enthymema distinguit à syllogismo, quod illud unam tantum eamque minorem propositionem contineat. Et hęc confirmari potest ex verbis Philoponi ad libr. 2. prior. analyt. οἱ ἀποδεικνῦντες ἐκ τοῦ σημείου διὰ μιᾶς προτάσεως ἀποδεικνύουσιν: ut proinde licet apud Aristot. verbũ ἀτελὴς deleatur, eadem defendi possit sententia, eo sensu, quod rhetores fere signis & verisimilibus, & mutilo ejusmodi syllogismo uti solent: etenim ita est, ut Pacius in posterioribus comm. scripsit, quod quatuor manuscripta, quæ in Bibliotheca Palatina ipse inspexi, verbũ illud non agnoscunt: sed agnoscit manuscriptum quintum, agnoscit optima editio Silburgij agnoscit editio Princeps, quæ manuscripti loco est de anno 495. Aliter plane accipit enthymema Cic. in topic. & Quintil. dum illud definiunt argumentum à repugnantibus, quod & notat Petr. Ramus d. l. 8. schol. Dial. cap. 13.

THESIS XI.

LIT. A.

In petitione hæreditatis & in dote.] Quod in dote admittatur libellus generalis & incertus *post Bartol. tradit Iason in l. 1. in princip. de edend. colum. 1. in fin.* duplici ratione. I. Quod dos succedat loco legitimæ. II. Quod incerta dotis promissio valeat. Utraque ratio nihil concludit: non illa, quia & quod præsupponitur verum nõ est, & specialis ratio legitimæ est, quæ sive pars hæreditatis, sive bonorum dicatur, de quo infra *disp. 13. t. 16.* nihilominus quia universitatis quota est, sub certa designatione peti non potest: non etiã hæc tum quia id speciale est iuxta *leg. 3 Cod. de dot. promiss.* tum magis quia hic non de dote promissa petenda, sed de dote tradita repetenda quæritur. Sed verior ratio est, quod dotis fructus tum ante, tũ post matrimoniũ solutum percepti, itẽque alia, quæ in fructu non sunt dotem augere dicuntur *l. 6. l. 31. §. ult. sol. matrim. l. 5 de impens. in res dot. fact.* ut adeo admittendus sit libellus, quo simpliciter petitur restitutio dotis fieri. Sed illud ferendũ non est, quod cum Bartolo ad *Rubr. solut. matrim.* dotem cũ hereditate hac in re comparat Treut. cum tamẽ dos eiusmodi iura activa & passiva minime contineat, & omnino ab hereditate diversisma sit, & nominatim quoad hanc materiã, quod in petitione hereditatis incerta etiã fertur sententia. & heres quis declaratur, cui scilicet alias remedijs & civilib. & prætorijs, quibus res singulas persequatur, provisum est: quod secus est in actione dotis, ubi incertitudo libelli in processu declaranda & super restitutione singularũ rerũ sententia ferenda est, quoniã nullum aliud jus hic habet actor, cuius potestate res singulas queat persequi: quã sententiã bene etiam *contra Bart. & Ias.* propugnat *Zas. ad rubr. sol. matrimon. n. 16. & seqq. usque ad 24.* de quo etiam *infra part. 2. disp. 7. th. 1. lit. B.*

LIT. B.

Nec alternative conceptus.] Satis frigide hic tractat de libello alternativo. Scilicet alternativa vel est ex L. veluti ex causa actionis noxalis, & de quo mox, remedij, *l. 2. Cod. de rescind. vend.* vel ex conventione partium, quã speciem plane omisit Treutl. & quo casu non dicendũ est admitti libellum alternativum, sed omnino alternative petendum esse, quod alias actor plus petere dicatur, per textum expressum *in § plus autẽ 34. vers. huic autem I. de actio.*

Nisi in actione hypothecaria. Existimat scilicet cum Gailio & aliis, ita agendum esse, ut res restituatur vel pecunia solvatur. Verum hanc sententiam falsam existimo: tum quia hæc actio est in rem, *l. 17. de pignoribus.* in quam præstatio personalis, ut debitum solvatur, venire non potest, tum adeo, quia quod non est in obligatione,

in actionem deduci non potest: ceterum diversa plane est obligatio debiti, & ex diversa plane causa descendẽs, ex qua non possessor qui nihil contraxit, sed solum debitor cõveniri potest: facit, quod ex causa huius actionis non potest esse alternativa condemnatio, qualem alternativa requirit petitio *argum. l. 6. §. 1. de re iud.* Neque obstat, quod si possessor conventus solvat debitum, absolvitur *l. 16. §. 4. de pignor.* quia hoc fit ex accidenti, quod soluto debito & obligatione principali ita sublata, accessoriam quoque pignoris obligationem, in qua actio hypothecaria fundatur, extingui oportet, quæ quocunque etiam alio solvente finiretur. *argum. pr. l. quibus modis toll. obl. l. 23. de solut.*

Et in materia l. 2. C. de rescind. vend.] Decisio huius quæstio petenda est ex iis quæ traduntur *infra p. 2. disput 2. th. 10.* an res ipsa vendita, an pretium, an utrumque sit in obligatione: quod posterius affirmandum erit siquidem alternative agendum statuamus: unde apparet errare *Tr. d. th. 10.* Vbi sicut & hoc loco alternativũ libellum requirit, & tamen rẽ tantum in obligatione esse affirmat: quo posito libellum alternativum necessarium non esse consequitur, ut recte disputant *Cynus in l. 2 C. de rescind. vend. Bald. ibid. quæst. 15. & ib. Salic. n. 24.* Cæterum cum hic ad rescindendũ contractum agatur, nec hoc nec illud videri possit in obligatione esse, velut in similibus casibus, quibus agitur ad contractum resolvendum *l. 11. §. 5. & 6 d. act. empti l. 6 C. eod. l. 6. §. 1. d. contrah. emt.* nisi quis obligationem consideret quatenus à lege quasi introducta videtur *velut ex l. 2. C. de rescind. vend.* emptor aut pretium supplere, aut rem restituere obligatur. Et tamen cũ illud remedium rescissorium sit, magis est cõtra Treut. ut ad rem tantum restituendam sit agendum, pretium autem sit in solutione, quo præstito necessitatem restitutionis emptor evitare possit: de quo pluribus *dict. disp. 2. p. 2 th. 10.*

THESIS XII.

LIT. A

Offertur primum iudici] De hoc supra actum est th. 2. ubi notavimus, juri civili fortassis per ipsam authent. hic allegatam magis convenire, ut libellus recta reo in judicium vocato, offeratur.

LIT. B.

Qua exhibere debet.] Imo cui exhiberi debet. Est alias hæc quæstio ab hoc loco aliena, & pertinet ad disp. præc. th. 8. siquidem ibi procul dubio libellus offerendus est, ubi reus forum sortitur & cõveniri potest: qua de causa vitiosè hic locus obligationis omittitur. Illud autem parũ cõgruum, quod ait offerendum esse in loco domicilij, si pluribus locis bona reus possideat: quia, ut ipse subjicit, nullo eorum locorum, quo bona possidet domicilium habere potest: sicut nec illud satis bene, quod si reus domicilio destituatur; ibi offerendum dicit libellum, ubi maximam bonorum partem possidet. Rectius omnino dici videtur, si de domicilio certo non constat, præsumi ibi quem domicilium habere, ubi maxima est pars bonorum. Cæterum commiscere videtur generalia cũ specialibus, quod ex Menochio allegato, *rem. 4. adipisc. poss.* colligitur, qui eo loco disputat de casu speciali, cum quis ex *rem. l. ult. C. de edict. divi Hadriani* in possessionem mitti petit. Et tamen quæ Tr hic tradit, huic casui accommodari non possunt, quia missio hæc in eo loco ubi hereditaria bona sita sunt, petẽda est, neque hic semper libello opus, sed fortassis sola testamenti non cancellati exhibitio sufficit: utique ea frequenter citra considerationem alicuius rei vel contradictionis peti & impetrari solet.

LIT. C.

Et exceptionibus à reo propositis. Aut hanc exceptionem non capio, aut ea subinepta est: quoniã hic agitur de libello, qui offertur judici ad instruendum judicium, & ab omnibus definitur scriptura continens intentionem actoris: & aliena est ab usu loquendi hæc sententia, quod in libello exceptiones rei proponantur. Verum utcunque sumas, nec illud capio, quomodo exceptiones rei semper sine scripto proponi, possit affirmari.

In causis summariis] Rectius dixisset in processu summario: siquidem omnes causæ regulariter ordinariæ sunt, ut notat *Zang tr. d. except. p. 1 c. 1. num 58.* sed per delegationem principis, ut in iis summarie & de plano procedatur, effici potest. *Zang. dict. p. 1 cap. 1. Marant. p. 4 dist. 9.*

LIT. D.

In causis vilium personarum.] Absurdum videtur ut propter qualitatem & conditionem personarum varietur processus: neque dubium est, quin etiam à vilibus personis eius momẽti causæ, quæ plenam cognitionem & processum desiderent, in judicium deduci possint.

Cum Episcopus inter subditos.] Nimis hoc generaliter affirmatur, nec putem verum, cum Episcopi ordinariam jurisdictionem in subditos hodie habeant: ex quo responsio expedita *ad Nov. 83* quæ

83. quæ tractat de nuda audientia. & sancit, ut causæ Monachorum, antequam ad judicem civilem perveniatur, coram persona Ecclesiastica summariè & de plano audiantur.

In accusatione apostata.] Nec hoc probatur ex *l.4.C. de apost.* & imo quanto gravius delictum, graviorque pœna, tanto cautius & accuratius procedi oportet: & cum regulare sit, ut vel maxime in criminalibus libellus requiratur, exceptionem alleganti perspicue eam probandi onus incumbet.

In postulando suspecto.] Frustra ad hoc allegatur *§. consequens Inst. de susp. tut.* in quo hoc tantum dicitur, accusationem eam esse quasi publicam: ex quo ad negandam offerendi libelli necessitatem nihil infertur & vero cum hæc causa gravis & famosa sit *l. non solum 39 §. ult. de procurat.* regulariter libello opus erit

In notoriis criminibus.] Si per viam accusationis procedatur, notorie hoc falsum est: quin & notorietati in criminalibus non facile locus dandus est ad eum præcipue effectum, ut solennis & ordinarius processus omittatur: cum præsertim etiam, si crimen notorium sit, exceptionibus tamen reus defendi possit: Et nihil facit pro Treut. *l.1.C de fals. mon.* neque *l.7.C. de accus.* quę tractat de delatione officialium, quæ non desiderat solennia accusationis. Cæterum cum Tr. adeo exacte multos casus enumeret, ejus sententiæ consequens videtur, ut in aliis omnibus causis necessario requiri libellum statuamus: quod tamen difficile dictu videtur, & fortassis hic etiam inter judicia fuerit distinguendũ, neque dubitem in inferioribus præsertim hoc introduci posse, ut causæ quævis citra scriptum oretenus proponantur *Chils. Konig. in process. c. 38. in fin. & c.39.§.5.*

THESIS XIII.

Lit. B. & C.

Aliis urbanitatis, aliis necessitatis.] Malc hoc in medio & dubio relinquit, cum liquidum sit, clausulam istã necessitatis esse non posse: quandoquidem citra interpellationẽ actio nascitur, & consequenter etiam recte in judicium deducitur: & vero ante actionem propositam nõ necessum esse denuntiare reo, tanquam ab omnibus receptum tradunt *Ioh. Fab. Angel. & Ias.* & cæteri interpretes. *Inst. in § appellamus. 15. Inst. de actionib.* Vide de ead. denuntiatione *Ias. in L. certius de reb. cred. col.2.*

Peto reum condemnari.] Atquin hæc non clausula, sed ipsa petitio est, in libello vel maxime necessaria.

Lit. D.

Tractatur hic quæstio de mutatione libelli an & quo usque ea sit licita. Et Tr. quidem distinguit inter rationem procedendi & agendi ex jure veteri & novo, ita ut ejus vetus illi sit, quod ante Zenonẽ, novũ, quod postea obtinuit. Atquin hæc distinctio rem non expedit, imo revera cõmittitur fallacia diversæ quæstionis: quia Zeno periculum plus petitionis sustulit, ne quis propterea caderet causa: aliud autẽ est licere mutare libellum citra periculũ amissionis causæ, aliud, licere mutare salvo & manente eod. judicio: siquidẽ illud ita licere potest, ut tamen alio sit opus judicio: quod ex jure veteri apertissimũ est, quo qui aliud pro alio petierat, actionẽ nõ amittebat, sed novã actionem petere, novumq; judicem & judiciũ impetrare necesse habebat. Zeno autem in universum constituit, ut mutare libellum liceret, verũ an eod. an diverso judicio hoc liceat, inde non traditur expeditum. Eam rem ut paulo altius arcessamus, ante omnia inter judicem pedaneum, & magistratum, qui ipse causam cognoscit, ad rationẽ juris Romani distinguendum est. Quod ad illum attinet, sub distinctione opus est inter judicia stricti juris & bonæ fidei, in quibus propter verba, ex bona fide, & ex parte actoris & rei, additioni, & ita, ut loquuntur Dd alterationi & emẽdationi libelli poterat esse locus, sed in neutris libellum aut formulam, quippe ab ipso prætore cõceptã mutare licebat, ita ut vel aliud vel plus peteretur: sed judex omnimodo secundũ formulã aut condemnabat aut absolvebat. Ex quo fiebat ut vel actor aliam formulã impetrare necesse haberet, aut si plus petiisset causam plane amitteret Etenim si verbi causa 50 aut calẽdis Martiis debebantur, centũ, aut calendis Januarii sibi dari petiisset, formula secundũ petitionẽ data, *si apparet reũ centum aut calendis Ianuarii debere, iudex condemna*, ubi reus postea judici se quinquaginta tantum, aut demum calendis Martii debere approbasset, index secundum formulam reum quem condemnare non poterat absolvebat, & actori iterum petenti obstabat exceptio rei judicatæ, *quod ea res in iudicium venisset argum. § pen. Institut. de except.* Vnde jocus *Cicer. 1. de ora* in Octavium recusantem, ne adversarius causa caderet quod scilicet, cum contenderet adversarium plus petere, eo ipso periculo amittendi causam eum liberabat: *& eod. loco* irrisio alterius qui patronus rei formulæ inserendum contendebat, *cuius pecunia dies venisset.* qua omissa reus

postea præmatura actoris petitione approbata absolutus fuisset. Quibus consequens est. 1. exceptionem plus petitionis nõ in iure apud prætorem, ut insereretur formulæ, sed coram iudice pedaneo fuisse proponendam. 2 periculo plus petitionis etiam locum fuisse in actionibus bonæ fidei, contra quam male existimat *Hottom.* 8. *observat.* 3 tum per d. locum Cicer. ubi de actione tutelæ tractatur, quod Hottom. male ad actionem de rationibus distrahendis restringit: tum quod clausula *ex fide bona*, & facultas statuendi ex bono & æquo non operatur ut aliquid contra sed tantum ut præter formulam iudex possit: & quod incertum petatur, in plerisque bonæ fidei actionibus falsum est Plane ubi loco plus petitur, poterit sententiæ Hotomanni esse locus *argum l.* 7 *de eo quod certo loco*, quoniam hic tantũ plus petere dicitur ratione eius quod rei interesse potest, cuius æstimatio à iudice in bonæ fidei actionibus fieri potest. Sed ut de diverticulo in viam redeamus, posito isto more dandi iudices, etiamsi pœnam plus petitionis sublatã proponas, verumtamen erit, post conceptam formulam, & postquam ad iudicem partes missæ sunt, libellum mutari non potuisse, quia iudex super alios & aliter quam formula continebatur iudicare non poterat, eoque nova interpellatione opus erat. Et hæc de priori membro iudicis pedanei. In altero, ubi ipsi magistratus cognoscunt, siquidem periculo plus petitionis, locum esse dicas, iis casibus quibus plus petitur, ad rationem processus hodierni, quo libellus à parte ipsa conceptus iudici offertur, frustra de mutatione eius disputabitur. Cæterum reliquis casibus, & omnimodo secundum ius, quo propter plus petitionem non amittitur actio, quæstioni huic locus est. an eod. iudicio liceat mutare libellum: quod Dd. communiter post litem contestatã fieri posse negant, pro quibus facit nõ tã *N.* 112. *c.* 3. quæ loquitur de desistente & tergiversante, non de mutante libellum (quod etiam respondet *Ioh. Fab. in §. si minus I. de action. & sequitur ibid. Ias. nu.* 13 contra eos qui per d. Auth. correctum putant. *d. §. si minus.*) quam potius quod cum per litis contestationem iudicium accipiatur, non potest nisi super alia re & causa acceptũ dici, quam aut ex qua reus se debere negavit, & porro cum litis contestatione quasi contrahatur, *l.* 3 *§.* 11. *de pecul.* si alia causa aut alia res ponatur, super illa contractum & acceptum iudicium hic intelligimus, quomodo Tr. definit disput. 12. th. 1 disceptationem super re controversa qua re mutata sive causa mutata, non potest videri ead. disceptatio. Vbique nova causa & res nova novam facit petitionem, quam necessario sequi debet nova concessio dilationis, ut reus sciat an cedere an contendere debeat *argum. l.* 1. *de edend. auth offeratur C de lit contest.* & porro nova sequetur contradictio, quæ litis contestatio est *l.* 14. *§.* 1. C. *de iud.* Quibus admissis, & vero ea necessario admittenda sunt, difficulter novum iudicium negabitur, maxime siquidem expensas litis non recte motæ præstandas, & quod hoc loco Tr. admittit, reum à priore actione, statuas esse absolvendum, *vide Salic. in l.* 3. *n.* 13. *C. de edendo. Sich. in Auth. qui semel. n.* 11. *& seqq. Quomod. & quand. Iudex.* Cæterum quia res coram ead. persona tractatur, fit ut ea diversitas iudicii vix appareat, propter tractationis continuationem, & quasi subrogationem: ut hinc fortassis non absurde explicari possit. *§. si minus* 3 *I. de act.* in verbis, eodem iudicio, quib. scil. Iust. hoc ipsum quod diximus innuat, & eandem personam iudicantis respiciat, diversitatem significet. iuris novi & veteris secundum quod in casu proposito aliud iudicium aliusque pedaneus iudex petendus erat. Nec absurde dicemus, probato errore, ad vitãdas ambages. citra novum libellum, subrogata nova illa causa vel alia re in eadem instãtia condemnationem fieri videri: quæ est sentẽtia *Iohan. Fab. in §. si minus. I. de action.* quam etiam ut magis amicam literæ d. §. ibidem probandam censet *Ias. num.* 23. Ex quibus, ut hanc disputationem absolvamus inferri potest, controversiam istam de mutatione libelli, eodem vel diverso iudicio facienda, in verbis magis quam in re ipsa consistere: siquidem in hoc inter omnes convenitur, quod lis non pereat, seu error coram eod. iudice & magistratu mutari possit. Illud tamen forte quis tentaverit, absolutionem eam cuius meminit, Tr. usque ad finem iudicii reservandam esse: sed illud vix tentare liceat, quod mutatio libelli retrotrahatur, & perinde habeatur, atque si ab initio libellus ita propositus fuisset: quoniam dilatione reo concessa & nova declaratione & responsione opus est. Et apparet ergo quod ab initio dicebamus, distinctionem Tr. interius quod antecessit & sequutum est Zenonem, nullam, aut certe mancã & imperfectã esse.

De iure Saxon. aliter provisum. Guarendam. Non obscure hic offendit Tr. quod cum præstationis Guarend. hunc statuat effectum, ne amplius possit mutari libellus, statim tamen subjicit eãdem esse eius vim & potestatem, quæ est cautio-

cautionis ex jure civili de perseverando in lite. Quod si ita est, etiã jure civili post eam cautionem præstitam libellum mutare non licebit: quod & repugnat veritati, etenim cautio illa nõ errantem sed tergiversantem & calumniantem coercet, & ipsi Tr. qui hac ipsa litera ex jure civili mutationem libelli etiam usque ad sententiam admittit, & hic ita disputat, ut differre existimet hac in re jus civile & Saxon. cum quo rursus non satis convenit, quod in extremo literæ etiam hoc jure refusis expensis libellum mutari posse concedit, quod antequam juri civili proprium proposuerat. Cæterum quomodocũque hæc proponat Tr. proculdubio verum est, Guarendam nõ alio spectare, quam quo spectat cautio introducta à Justin. *N.112. cap. 3.* videlicet ad coercẽdam calumniam & tergiversationem, & ut ex ea teneatur, qui post vexatum reum litem omitti & deserit: atquin qui ex justa causa animadverso errore mutat libellum, nec calumniari nec tergiversari, neque à lite desistere dici potest: quod super citato loco *Ioh. Fab. in §. si minus & ex eo Ias. ibid. n. 13. tradunt.* Secus enim statuemus in eo qui dolo malo falsam causam in judicium deduxisse, aut aliud petiisse convinci queat: pernotata à Jason. d. loco.

DISPVTATIO V.

DE SATISDATIONIBVS, FERIIS ET DILATIONIBUS.

Respondente.

IOANNE PAVLI Dantiscano.

THESIS I.

LIT. A.



Ic pro actu præparatorio.] Equidem in hac materia satisdationis verbo frequentius utuntur ICti: cæterum nimis videtur restringere usum cautionis, dum accipit eam pro actu judicii præparatorio: tũ quia quæ iã cautiones vel satisdationes verbi causa de quib. tractatur *in l. 7. §. 1. & l. 8 § tutor h. t* ad præparationem iudicij non pertinent: tum quia etiam post cæptum judicium aliquæ cautiones interponuntur, cujusmodi sunt quæ dicuntur judiciales *§. 1. Inst. de divis. stipulat. l. 18 & 21 in fin. de rei vind.*

Quæ in locum veteris rigidi iuris.] Hic vero perspicue offendit Treutl. Nimirũ in thesi de cautione in genere agere cœperat, eiusque effectũ & finem generalem proposuerat, *ne quid in iudicio frustra fieri metuatur:* istis autem verbis, *quæ in locum rigidi iuris, &c.* ad effectum & cautionẽ specialẽ de iudicio sistendo, absurde delabitur. Verum & de hoc dubito, an satisdatio de sistendo in locum veteris illius juris, quod scilicet intelligit Treutler. recte successisse dicatur. Equidem phrasis incongrua est, cautionem successisse in locum juris: sed & res ipsa non satis liquida: neque unquam permissum fuisse existimo, ut satisdare paratum in jus rapere liceret: neque satisdatio illa ad raptionem, sed simpliciter ad sequendi necessitatem evitandam, pertinuit: quod alias qui non sequitur in edictum prætoris incideret: & ut jam notatum disputat præced. non passim nec quosvis in jus ita rapere permissum fuit. Cæterum apud Iasonem allegatum & Dd. nihil tale est, neque esse potest: quod illis violenta illa raptio penitus fuit incognita.

A lege vel magistratu] Rectius dixisset, *ex edicto* quod proprie lex non est, & ex quo tamen plera que cautiones descendunt. Cæterum nec recta hæc oppositio est, quia cum de impositione cautionis loquatur actuali, lex ita nullam cautionem imponit, sed edicto introductam magistratus præstare jubet: estque hæc una eademque, non diversa aut duplex cautio. Cæterum cum effectum cautionis istius hunc unicum statuat, ut evitetur violenta raptio, consequenter male explicando subjicit, eam imponi à magistratu: quia ubi ad hunc perventum est, nullus amplius raptioni locus est: & omnino per quam cautionem sæpe dicta raptio evitatur, de illa extra iudicium tractari oportet: nisi quod aliquãdo ubi paratus est reus cavere, ad magistratum iri potest, ut de modo cavendi & tempore constituatur. Et ergo, postquam dixerat initio lit. in locum cautionis raptionem introductam esse, vitiose subjicit, *estque hæc necessaria, hoc est à lege, &c.* Siquidem potius ad cautionem extraiudicialem referri hoc debebat. Vtique illa verba ita comparata sunt, ut præcedentia restringant: cum tamen ipse Treutl. statim etiam extra judicium caveri posse admittat. Ideoque minime dicendum hoc erat restrictive, esse eam cautionem necessariam, sed divisio eius statim subjicienda erat. Notanda hic etiam æquivoca usurpatio verbi *iudicium*, quo hic Treutl. utitur pro jure: quia apud ipsum prætorem non apud judicem pedaneum de ista satisdatione tractatur. Verum ad explicationem huius rei de duobus viden-

videndum est: an duplex hæc cautio, an una & simplex? & an una species necessaria recte dicatur. Vtrumque affirmat Treutler. Sane proprie loquendo voluntariæ tantum videntur dicendæ satisdationes conventionales, quæ videlicet inter contrahentes interponuntur: cæteroquin suo sensu nec prætorias omnes dici in usu juris necessarias, satis colligitur *ex l.* 7. 3. 1 *l* 8. § *tutor. h t.* ubi dicitur mittendus in municipio, ut ibi caveat: quod necessaria sit datisdatio, secundum quæ specialis videri possit hic noto verbi, *necessarium*, & significare cautionem, quæ ex edicto quasi ipsi rei & actui annexa est: & ut non male notat *Castrensis ad d. l.* 8. §. *tutor* cautio necessaria sit, quæ petitur vel per modum agendi vel etiam aliquando excipiendi. Quibus consequens videtur, ut cautio de judicio sistendo, potius voluntaria dicenda sit: cum etiam ipse Treut eam quæ extra judicium præstatur, voluntariam esse statuat: neque vero locus in quo præstatur, diversitatem inducere potest, cum præterrim, ut statim subjicit Tr super concipienda stipulatione & adjicienda die possit adiri magistratus, ut tamen cautio voluntaria maneat: & alias quoque hæc cautio non ex officio, sed petente parte imponitur neque dubium est, quin etiam cautiones quæ in specie dicũtur necessariæ, extra judicium recte præstentur. Statuemus itaque, unicam esse hanc satisdationem de judicio sistendo, ejusque unam & simplicem naturã, eandemque essentiam, sive extra judicium sive in judicio, aut potius in jure præsteiur, aut imponatur: quomodo etiam Dd ad hunc titulum de ea tanquã sim. lici video tractare. Ex quibus etiam colligere licet, non recte se habere definitionem sive descriptionem cautionis necessariæ, quod sit ea quæ à lege vel magistratu imponitur: nã & cautio natura sua voluntaria, potest aliquãdo à magistratu imponi: & alias sequeretur, omnes cautiones prætorias, imo omnes quæ ex edicto ædilium V. C. circa venditiones rerũ præstantur necessarias esse: quæ tamen usurpatio verbi ab usu juris omnino est aliena.

Sibi mutuo cavere.] Vtique reus tantum cavet de judicio sistendo: eoque non intelligo, quo sensũ dicatur litigantes *sibi mutuo* cavere.

A priori multum differt]Nullam specificam hic differẽtiam esse jam ostendimus: & ratio subjecta, *quia in hac stipulatoris*, &c. nec perpetua esse potest, neque veram differentiam inducit, neq; vera est: tum quia prætoris nihil interest, quomodo inter partes convenisset: tum quia, ut paulo ante dictum, in casu præstitæ illius cautionis, ad evitandam rationem, qui ipso Treut. autore, præcipuus, & tantum non unicus est hujus cautionis effectus, dies a prætore assignari non poterat

In pr. l 8. *verba illa, si non conveniat*]Quæ Pacius citato loco tradit, pertinent ad conciliationem *l.* 8. *h t* & *l.* 1 *si quis cautionibus.* Quæ tractatio aliquando hinc alienior: & tamẽ inter istos textus vix in speciem etiam pugna est, neque satis bene aut plene hoc explicatum Pacio aut expeditum. Scilicet interest, an promittat quis se altiturum aut exhibiturũ in alio loco, aut ipso loco in quo promittit, aut eum qui in eo loco est Hoc casu nulla Pacii distinctio est. Illo casu spatium quidem laxius assignari potest angustius nõ potest: eoque simpliciter verum non est, conventione partium dispositione *l si quis cautionibus*, &c. derogari posse

Dissentiunt communiter Dd in pr d. l. 8.] Sentẽtia quam hic Dd. imputat ex præmissis non confutatur: neque admissa distinctione illa Pacii, solide iuferri potest, textum *in l.* 8. *in pr* de concepta stipulatione, explicari non posse. Cæterũ quod ipsam rem attinet; I. Nihil absurdi est *d. l* 8 *in pr. h. t.* ad casum stipulationis conceptæ referre, ut videlicet si dies omissa sit, super ea determinãda statim prætor adeatur: non obstante *l.* 115. *in pr. de verb. obl* vel quia speciale est in stipulatione & satisdatione prætoria *Bald. in d l* 8 *in pr* vel, ut *ib. Castrensis* in specie *d l.* 115. dies de qua ut adjiceretur conventum erat per errorem fuit omissa, vel etiã, quod statim adjicitur, autore prætore, perinde habendũ est, ac si initio adjectũ fuisset. II. Injuriam facit Dd. quasi illi *d. l.* 8 *in pr.* præcise ad casum stipulationis conceptæ referrent: siquidẽ Gloss. utramque lecturam, de concepta sive interposita & interponẽda stipulatione, proponit, & ita quidem ut in hanc posteriorũ Irnerii pronior esse videatur: quam etiam magis videmur probare *Castrens* & *Bartol. ibid* ubi notant secũdum istam lecturam de interponẽda stipulatione nullũ obstare contrariũ & *ibidem Bald* utrãque lecturam bonam esse pronuntiat: quæ etiã est sententia *Iaso. ibid.* ubi in pr. amplius refert *Ang. Alex* & *Fulg* existimantes, quod explicatio textus, de interponenda stipulatione, magis sit amica literæ.

Emblema Triboniani.] Hoc in medio relinquo, & forte tamen ut hoc statuamus necessum non est: rationi sane convenit, ut magistratus hic partes suas interponat. Vtique tanto minus Treutle-

Treutlerum hoc dicere par erat, qui paulo ante ad eum locum Pacii explicationem probaverat, qui nihil hic adscribit Triboniano, sed verba illa, *moderato spacio, &c.* tanquam a ICto adjecta exponit.

Quia in litis praeparatoriis.] Regula ista vulgata, qua actores in praeparatoriis favorabiliores esse dicuntur, non usque adeo absurda videtur, & hac ratione juvatur, quod rei semper praesumuntur detrectare judicium, qua de causa à Graecis φυγοδίκαι, & non semel à Iustin. latine fugientes appellátur: ut adeo actoribus favendũ sit hactenus, ut reus quam primum ad suscipiendum iudicium cogatur: neque absurde dixisse videtur Azo, quem refert *Bald & Castrens. in pr. d. l. 8.* in initio magis favendũ actori, ut admittatur. in medio parem utriusque rationem, ut veritas eruatur, in fine magis favendum reo, ut potius absolvatur. Sunt tamen in primo praecipue, & secundo membro ponendi termini habiles, neq; indistincte aut simpliciter affirmari posse, probant rationes & exempla adducta *à Iasone in pr. d. l. 8.* (nã loco à Tr. citato *in l. 12. C. de procurat.* rib. vix trib. verbis hoc attingit, tantũ abest ut late contra eam regulam disputet) per quae secundũ materiam subjectã & objectã hac de re statuendum esse evincitur: & habent singula, quare hoc vel illo modo statutum sit, suas rationes.

Quod rationem discriminis non assequuti] Hoc plane inane, imo falsum est, quod ex ignorantia illius distinctionis (quae ipsa commentitia est,) regulam mox sequentem extruxerint Dd. neque vere, si unicam speciem statuas, regula illa ulla consequentiae ratione educi potest: sed probant eam Dd ex verbis *d. l 8. ibi, in potestate stipulatoris esse*, ex quibus etiam hoc ibid. notat. *Ant. Faber.*

Quid si satisdatio.] Male hic quaestio formatur de actore, cũ tota hactenus disputatio fuerit de cautione, judicio sisti, & ita de reo. Caeterum in utramque partem nulla ratio dubitandi esse videtur, & siquidem ex eo decidendum hoc est, ut ipse Tr. subjicit, an quis possideat immobilia, frustra disputatur de calumniosa petitione: quia nisi probaverit, se possidere immobilia, communi jure satisdare tenebitur.

LIT. C.

Est autem huius cautionis.] Idem hic vitium est, quod notatum ad pr. lit. B. Scilicet in thesi effectum proponit generalem, eique accommodatam sit D. & E subjicit divisionem, & tamen in exegesi effectum proponit specialem, & insuper odiose repetit, quod jam tradiderat initio lit. B.

THESIS II.

LIT. A.

Qua pignoribus datis opponitur.] Probatur haec sententia duobus praecipue locis *l. 4. § 8 de fidei comm. libert. & l 16. §. ult. quibus mod. pign. solv.* Caeterum Tr neq; rationem hujus juris proponit neque contraria removet, & quaedam male alleg. Equidem quod attinet verbi proprietatem, nihil in eo est, quod solam fidejussorum dationem includere videatur, eoque & pignoribus satisdari responsum est in *l. 21. § fin de constit pecun* & in terminis satisdationem praetoriarum *l. 2 § 3. quod legat. l. 1. §. 9. de collat.* Caeterum cur regulariter praetoriae satisdationes requirant fidejussores juxta *l 7. de praetor. stipulat.* ratio haec reddi posse videtur, quod cum immobiliũ possessores non satisdent, & cautiones praetoriae ut plurimum super eo quod interest, neq; certam aestimationem habet, interponantur, non pignora, quoniam quae & qualia deponenda essent sciri non potest, sed fidejussores dari voluit praetor: eum & pignora, quod praesertim multis casibus obnoxia sint, multa etiam incommoda, & vel maxime taediosã haberẽ custodiã quod notat *Castr. in l. 1 h t* Habet tamen regula *d. l. 7. de praet. stip.* aliquas limitationes, quarum ratio partim ex iam traditis colligi potest: velut in satisdatione de conferendo *l. 1. §. 9. de collat.* quem adeo textum non satis bene pro se adducere videtur Tr. nisi quatenus ibi satisdatio opponitur pignoribus, & si satisdatio natura sua pignora comprehendere, male Iurisconsultus an pignoribus caveri posset, quaereret & dubitaret. Alia exceptio est in satisdatione legatorum *l. 2. §. 3. quod legat.* Licet enim Accurs notet alias ibi legi, *voluit sibi caveri*, quod & princ §. confirmat: tamen nihil obstat quo minus dicamus etiam ibi receptum ut pignoribus cavere liceret, quod de quãtitate legati satis constare possit: ex quo apparet male adduci à Tr. *l. 1. § 1. ut legat. nom. cav.* Peius adducitur *l. 21 § fin. de const. pecun.* cũ ex ea probetur etiã eũ satisdare qui pignora dat: ideoque respõderi oportet vel speciali esse in cõventionalibus, vel legendũ est, *si quis constit. se satisfact* quod extrema verba cõfirmãt, & quod alias satisfaciendi verbũ generale est, *l. 9 § 3. de pign. act.* de quo vide etiã *Rob 3. sent. 21. & Donell. ad l. 5. § satis hac acceptio. d V. O.* Neq; huic explicationi aut emẽdationi obstat, quod *in l. 1. h. t* eodẽ modo dicitur appellata satisfactio & satisdatio: quia inde

inde eandem esse utriusque verbi significationē non consequitur. Cæterum sententiæ principali non obstat *l. 59. §. si mandati*, quia idonea cautio genus est, satisdatio species: & commode explicatur ille locus, *ex l. 4. §. 8. de fideicomm. libert.* in quo ad eundem modum pignora satisdationi sicut *in d. §. ult.* fidejussioni opponuntur. Magis obstare videtur, quod siquidem ad evitādam jussionem, sufficit possidere immobilia. *l. 15. in p. h. tit.* etiam & magis sufficere debeat pignora dare. Respondendum est per negationem consequentiæ: quia, ut paulo ante dictum molesta est custodia pignorum, & immobilium facilis est executio: maxime cum excludatur necessitas dandi fidejussores, non hypothecandi bona, ex communi sententia Dd. de qua paulo post: & ut quæstioni huic de significatione verbi *satisdare* possit esse locus, ponendi sunt termini habiles, in ejusmodi personis, qui ab onere satisdandi non sint immunes: quod beneficium datum est possessoribus immobilium, qui per possessionem ejusmodi non dicuntur satisdare, sed ab onere satisdandi relevari. Deniq; & hoc notandum, quod *in l. 7. de prætor. stip.* non de quovis pignoris genere, quod alias omne id est, cujus possessio in creditorē transit *l. 9. §. 3. de pign. act.* sed de pignore rerum mobilium tractatur: quod aliquando in specie pignus appellari solet *argum. l. 138. §. 2. de verb. sign.* Ex his concludere licet, errare *gl. & Dd. in l. 1. h. t.* dum simpliciter statuunt, sub satisdatione etiam pignorum dationem contineri, & perinde ac si plus esset pignora dare *l. 1. h. t. & l. 7. de præt. stipul.* contra diserta verba, vitiose accipiunt & ita explicant, ut quis possit quidem pignora dare, sed ea dare non teneatur.

A quo satisdationem exigit.] Excipit Tr. nisi sit possessor immobilium. Atquin hæc exceptio nulla & incongrua est, quia ab hoc non exigitur satisdatio, neque hic dat pignora.

Neque hæc lex abrogata.] Non satis apparet, quā intelligat legem. Cæterum sententia ista satis liquida est: & licet introducto excussionis beneficio serius ad fidejussores perveniatur, non tamen inde inferri potest, fidejussores utiles nō esse: cum præsertim venditio quoque pignorum per multas fiat ambages, maxime post constitutionem *Iust. in l. 3. C. de iure dom. Imp.* Et Tr. hic cum VVesemb. cujus fidem simpliciter secutus est, injuriam facere mihi videtur. Dd. siquidem hoc quod propter jus novum & post illud pignoribus recte caveatur, eo casu ubi satisdatio requiritur, & quod adeo ius vetus mutatum sit, apud gloss. *Bartol. Bald. Castr. Ias. in d. l. 1. h. t.* non reperio, sed in hoc illi errant, quod etiam jure Dig. pignoribus caveri posse putant, ut paulo ante notatum & vel ideo hac in re mutationem statuere non possunt.

Nisi velimus dicere.] Nulla hæc connexio est, neque ad illud quod de mutato jure, propter excussionis beneficiū, dixerat, applicari potest. Sed fortasse simpliciter hoc sentit, licet fidejubendi necessitas non sit sublata jure novo, attamen eam sublatam esse moribus & consuetudine: quam consuetudinem tamen non probat Treut. Sed & jam ostendimus juris istius suam esse rationem, neque adeo id in scrupulositate mera consistere dici potest: cum præsertim id jure quoque nostro admittat exceptiones.

Idque ex eo confirmatur] Hæc vero nulla probatio est: certis personis remittitur necessitas satisdandi: ergo jus istud quod exigit satisdationem, consistit in scrupulosa subtilitate: vel ergo jus istud moribus & cōsuetudine est mutatum: quia utique ut maxime scrupulositas dici posset, non admittere pignora pro fidejussoribus, non tamen erit scrupulositas, si non admittatur cautio nuda: & amplius quod in personis certis mutatum est, siquidem mutatum esset, male simpliciter mutatum diceretur: & amplius, quod V. C. illustres personæ promissioni suæ aut juratoriæ cautioni relinquuntur, non ex consuetudine recenti, sed ex ipso jure civili est, quod probant textus allegati lit. seq.

Quod appellatione satisdationis.] Hæc propositio vera non est, quod si persona sit nobilis, &c. appellationis nuda veniat cautio: sed hoc verum, quod personis illustribus necessitas satisdandi sit remissa: quæ propositio à priori plane est diversa.

LIT. B.

Cui plerunque illustres personæ] Atquin lit. præced. idem affirmaverat de personis quibusvis nobilibus, probatæ virtutis & honestæ existimationis: de quibus hoc à Dd. magno numero hac lit. B. allegatis dixerat affirmari *in F. lit. præced.* Et tamen quod hic traditur verum, quod illic, falsum est: nimirum quibusvis honestæ existimationis viris remitti necessitatem satisdandi. Illud quoque notandum, quod confundit cautionem nudam & juratoriam *in exegesi lit. A. & B.* dum *in F. lit. A.* nobiles aut honestos nude tantum cavere ait, *& lit. B.* illustribus juratoriā cautionem exigi: neque vero illi meliori quam hi con-

hi conditione esse possunt: & tamen in th. nudam repromissionem iuratoriæ cautioni opponit. Porro *in pr. huc lit. B.* neque in eo sibi constare videtur, quod assertionem suam (hoc recte) ex textibus iuris confirmat, quam *lit. praeced. in F.* ex motibus & traditione Dd. deduxerat.

Quod tamen hodie non observari.] Hoc ex Clar. probat, sed fortassis non satis bene, quod ille de usu & practica Italiæ testatur. & Wesemb. *hic in paratit nu.* 10 testatur etiam aliquando in criminalibus eos qui non possunt invenire fideiussores, admitti ad iuratoriam cautionē: quod adeo multo magis admittendum erit in personis illustribus: neque dubitaverim, quibuscũque casibus alij vulgo fideiussoribus cavent, ijs illustres ad iuramentum admitti. Atqui illud multis casibus in criminalibus admittitur, de quo paulo infra. Ergo, &c. Deinde cum Clar. citato loco tantum agat de causis criminalibus, male hoc à Treutler. simpliciter proponitur, quod secundum subiectam materiam, quisque de civilibus causis potius exaudiret.

Hodie igitur] Ergo secundum verba mutatio hæc non erit à consuetudine, quod paulo ante dixerat, sed à iure: siquidem allegat N. N ex quibus tamen mutatio ista, & privilegium illustribus personis ante cõcessum, minime probatur ademptum: cum in illis N. N. proponatur regula, cui derogat exceptio in casibus expressis: & etiam illustrium personarum nulla omnino ibi mentio fiat. Posset tamen forte iuvari Treut si cum hoc velle dicamus, quod per consuetudinē circa illustres personas iure mutato, supersunt tantum ij, qui non possunt reperire fideiussores, ut ita hoc saltem, quæ illius cautionis iuratoriæ ratio sit, ex N. N. probare velle videatur. Attamen nec sic bona fuerit aut accommodatio aut oppositio: quoniam ut iam dictum, mutatio allegata ad criminales tantum causas pertinet: sed in N. N. de causis civilibus tractatur: & defendi posse videtur, quibus causis illi propter inopiam fideiussorũ cautionem iurato iam præstant, ijs casibus illustres personas simpliciter, ut iurato cavere possint, admitti. Et hic quoque amplius offendere Tr. hoc argumento est, quod *Clar. alleg. §. fin. quæst* 46 *n.* 14. loquitur de causis criminalibus, & quod de personis illustribus ait *n.* 16 eos non permitti fideiussoribus, sed etiam in carcerem detrudi, idem affirmat de alijs *d. n* 14. qui non possunt invenire fideiussorem, nisi quibus casibus alias relaxandi essent, quibus proculdubio nec illustres carcere mancipabuntur: & tamen Tr. Clarum utroque loco & ita tanquam diversa hic statuentem adducit.

Sunt tamen casus.] Eum qui de fuga suspectus est, ad iuramentum admitti negat, sed cõstringi arresto. Ubi aut intelligit arrestum verbale, & hoc non multo plus operabitur quam cautio iuratoria aut reale & hac quemvis suspectum in causa etiam civili, (etenim Treut. in genere loquitur,) constringi, & custodiæ mancipari fuerit absurdum.

Reus statim incarceratur.] Simpliciter hoc verum non est, siquidem reus fideiussoribus cavere possit, maxime si pecuniaria pœna veniat imponenda, de quo agitur infra th. 6. lit. F.

Sed id datis pignoribus dissolvitur.] Confusim videtur tractare de arresto verbali & reali, itẽque de causa civili & criminali: hic enim in carcerem coniectum indistincte datis fideiussoribus vel pignoribus relaxari, verum non est: sicut & citati qua textus qua autores de causis civilibus tractant.

Ubi tamen hoc limitat.] Atquin toto eo capite Corasius agit de sequestro, ad quod etiam tantum hæc limitatio pertinet: & hæc vero duo diversa esse constat, & ipse monet Tr. Habet id alias certam & perspicuam rationem, quod istis casibus sufficienter caveri nequit.

Toto genere differt) Ut differat specie, at genere non differre, vel ipsum nomen arguit: & per illud ipsa detinetur res, annexo iure pignoris & prælationis. Lit. C.

Cui committuntur immobilium possessores) In genere proponit Tr. accommodando hoc ad divisionem traditam th. præced. Sed duo hic scrupulum movent 1. quod *in l.* 1. *§. de prat. stipul.* quẽ textum ipse adducit Treut. neque ulla fit mentio possessionis immobilium, & in speciebus ibi propositis non dubito simpliciter nudā sufficere repromissionem, utcunque nulla quis possideat immobilia: sed & textus *in l* 15. *h. t.* quem itidem advocat Treut. nullam facit mentionem nudæ repromissionis: quod facit quod *d. l.* 1 *§* 1. perpaucas dicitur esse cautiones: quæ contentæ sint nuda repromissione. Plane res satis expedita erit, si hoc referatur ad cautionẽ iudicio sisti, quod utique ad certam diem se iudicio astiturum reus promittere necesse habet. Verum secundo magis obstat, quod ita non consultum sit actori, quandoquidem bona immobilia à domino libere alienari possũt, & hic

M tempus

tempus cautionis præstandæ considerari docet *l.15.§.ult.h t.* eoque nec dicere posfis, rebus postea alienatis posse peti satisdiationem, cum *in d.l.15.* negetur obesse eo, quod postea vendiderit possessiones. Hac de causa *Bartol.in l. 1.h. t.* existimat bona immobilia actori hypothecæ nomine esse obliganda, quam etiam sententiam probat *Iaf.ad rubric d.t Castren.in d.l 1 nu.41* & in eandem inclinat *Iaf in l.15.§. ult. eod.* ubi testatur hanc esse opinionem communem, ut qui liberatus est necessitate dandi fideiussores, bona sua obligare teneatur, idemque probat *Ant. Fab.id d. l.15.§ ult.* dicens rem alienari cum sua causa & onerosa, facit *leg.ult.Cod princip. agent.* quod debeant credi substantiæ suæ, & quod satis hoc videatur privilegij, liberari ab onere dandi fideiussores *arg.l.34.§.de pign & l.17.in fin. de test tutel* sed in contrarium vocat, tum quod *in d. l.15.* nulla eius obligationis fit mentio: tum quod *in d.l ult.C.d. princ. agent.* requiritur cautio iuratoria, qua alias opus non videretur: & verba illa, *quod credantur substantia sua*, etiam hunc sensum recipiũt, quod propter ipsam immobilium possessionem satisdare non teneantur: tum verò præcipuè sæpe *d l 15. §. ult* ubi dicitur, quod sicut non prodest postea incipere possidere, ut quis liberetur præstita cautione, ita nec obsit postea desijsse possidere, ut cautione oneretur: neque citra divinationem alienatio ibi dicitur fieri cum causa. Tentari posfit, quod *in d.l.15* traditur, ad cautionē de iudicio sistendo pertinere: quod scilicet hæc cautio præcipuè præstari videtur propter suspicionem fugæ, quam tollit possessio immobiliũ, ut ibidem disputant Dd. vel propter metum latitationis, quam ead. possessio excludit, parato actori remedio, ut in possessionem bonorũ mittatur. Neque præsumitur quis ita facile venditurus immobilia, & in certum diem iudicio sisti promittitur. Adeoquin nec obligatione bonorũ ex ratione iuris hic opus esse credideri. Aliam aliarum satisdationum verbi causa *rem pupilli salvam fore, usurum quem arbitrio boni viri,* &c. rationem esse, ostendemus inf. a *ad th.7.lit. A* vel illud arg. est, quod ubi de ijs agitur præcise satisdandum & præstandos fideiussores esse dicitur *l 7.& 8. h.t.*

Lit. D.

Dissentiunt vulgo Dd.] Non recte proponit sententiam Dd qui non ita distinguunt, (& utique ubi mentio fideiussoris fit, nulla ratio dubitandi, & frustra eo casu disputetur significatione verbi, satisdationis) sed ut ante notatum in hoc erant, quod post Gloss. ita accipiunt, *l.7. de prætor stipul* ac si plus esset pignora dare quam fide iussores. & illa quidem reus satisdare obligatus dare posfit, sed dare non teneatur.

THESIS III.

Lit. A.

Litigantes vel per se agunt.] Generalius sumitur verbum *Litigantes*, vel potius abusive, pro ijs quos res ipsa principaliter concernit: cæterum non minus imò magis etiam litigantes dicendi sunt, qui licet alieno nomine litem contestati eius domini effect unt, & vel præcipue defensores, in quos etiam actio rei iudicatæ datur.

Lit. B.

Vel per procuratorem] Maxime hoc dicitur de actore: eoque omninò vitiosum, quod in exegesi huc accomodat regulam, quæ nominatim ad defensorem, nullo modo autem ad procuratorem actoris pertinet. Lit. C.]

Quadruplex distinctio] Hoc quidem satis bene, sed illud non rectè, quod sub tractatione de actore hoc proponit, quod generale est quod genus erroris etiam est sub lit. E. ubi pro fundanda satisdatione actoris adducit. *§. sed hodie. Instit. de satisdat.* in quo tractatur de reo.

Lit. F.

Decimam nempe partem.] Minus recta hæc explicatio est: quid enim si maiores expensas reus se fecisse probat *Bart. & Bald. in auth generaliter C. de Episc. & Cler* frustra advocantur, ex quibus ille nullo modo, hic tantum sumendo decimæ mentionem facit, & alias quæstiones de expēsis tractat. Lit. G.

Ad lites abbreviandas.] Imò magis principaliter ad actorum calumnias coercendas.

Abusu sublata rursus] Rectius fortasse dixisset nunquam in usu fuisse. Et plane reduci ex iure Iust. utiliter posset, non obstante aliquorũ paupertate: quæ si in considerationem venire deberet satisdationum usus plane tollendus esset: & in ipsa *Authen gen.raliter & Nov. 112.c.2.* satis hic provisum, ut pauperes ad cautionē iuratoriā admittantur. Potiò nec omnia cōmnia hac in re a Iust. statuta sublata videri debent, siquidem cautio super expensis hodieque frequentari solet

Quæ ipsius loci territorio) Si quidem hoc in suo genere de quovis casu ubi satisdatio requiritur affirmat, cōtradicit *infr. th.7.lit. A.* ubi v. Cæterum hanc quæst attingunt *Ioh.Fab. & Ang. in § sed hodie l. de satisd.* & respondent, relevari, si in alio

alio loco possident immobilia, modò non sub diversa iurisdictione. At *Bru. & Castr.* citati de alia quæstione agunt, an sit audiendus qui aliò se remitti petit, ut ibi det fideiussores: & cum ijsdem Iason male allegatus sentit, & ut illi, cōcludit: licet prius ex sententia quædam moveat Allexādri, cuius opinio nihil habet absurdi, sub adiecta limitatione, si sub alia etiā iurisdictione facile fideiussores cōveniri & exigi possint.

THESIS IV.

LIT. A.

Si ordinario iudicio.) Nihil erat necessum de hoc casu latius tractare. Et iustin illas evocationes & extractiones reorum improbat & dānat, & ijs coërcēdis constitutionem eam fecit: eaq; de causa minime credi potest, importunum actorem necessitate præstandi cautiones ordinarias, de quibus ante actum est si eas reus desideret, liberare voluisse, contra quam male existimat Tr.

Comparente autem reo.) Hoc quidem, ut ex ipsis allegatis apparet, generale & regulare est: ideoq; cum casu actoris aliquem extrahentis, citra ullam distinctionem, male eadem oratione copulatur & coniungitur: & omninò ad materiam istam non pertinet. LIT B.

Satis copiose & ex parte coususe in th. proponit, & in f. th improprie dicit, *agere reum*, tribus verbis dicimus: Reus ipse litigans præstat saltem cautionem iudicio sisti: procurator præstat etiam de iudicato solvendo: & vel ipse vel principalis.

Iudicio sisti) Cavet se in iudicio mansurum usque ad terminum litis. Ea quidam cautio ita appellari potest sed scilicet distinctio adhibenda erat à Treut. quia ista cautio omninò est diversa ab ea, de qua initio th. 1. agit Tr. perquam, ut ipse ibid ait raptio violentia in ius evitatur.

Illud obiter notandum) Agitur hic de explicando *versi. ult §. Si verò 4. l satisd.* quem ipse cū Accur. ita accipit, ut intelligat ibi ab ipso procuratore cautionem exponi, super hoc, ut reus ipse tempore sententiæ in iudicium veniat. Ait hoc ab Accursio ingeniose defendi, & ille tamē nudè, imò nudissimè eum locum ita explicat: & illa quoque explicatio mihi nullo modo sapit: quin rationi repugnat. I. Ut procurator caveat pro principali. II. Ut caveat pro reo præsente, de hoc enim casu ibi agitur. III Ut promittat factum alienum, quod reus tempore sententiæ ferendæ in iudicio se sistat: Vera igitur loci sentētia est: quod eius præter cautionē, qua procuratoris sui personam firmat & legitimat, etiā aliam cautionem, pro sua vel propter personam suam interponere debeat, quod ipse tempore sententiæ in iudicio esse velit: & hoc ei fini, ut potius in ipsum, in quem etiam tantum eo casu cum effectu actio iudicati datur, *l. 4. de re iudic.* quam in procuratorem (quòd alias ex summa iuris ratione fieri oportebat) sententia feratur. Et hæc etiā opinio est antiqui & optimi interpretis *Iohan. Fab. in d. ver* ubi ait, *opus quod dominus caveat, quod erit præsens tempore sententiæ.* Sed ne cui oculos præstringat adducta Theophili autoritas, sciendum est I. Quod Theophilus iste, licet aliud videatur *Mercero in conciliato ep. mihi 27* non fuerit unus ex compilatoribus, ut notat *Curt. 2. coniect. ult.*) ubi tamen ait, eum fuisse vicinum ætati Iustiniani) imò eum post Accurs. floruisse existimat *Baro ad tit. 1. quib. modis iuspat pot. solv* (& id tamen quia Græce scripsit, minus pcobabile est.) II. Quod autor hic non bona fide sit citatus à Tr. Equidem Latina Curtij translatio explicationem Tr. confirmat, adiectis ab interprete verbis, *à procuratore*, quæ textus Græcus non agnoscit, imò respuit, & interpretationem diversam, quam sequimur, cōfirmat: quod ut omnibus pateat, nec quisquam in posterum de vera eius loci sententia dubitet, ipsa Græca verba subijcimus. ἑτέρας δηλονότι ὁμολογίας, ἢ οἱ ἐγγύης ἐκτιθεμένης, ὑπὲρ τοῦ προσώπου αὐτοῦ τοῦ ἐναγομένου. περὶ γὰρ ἑαυτοῦ ἢ εἰδὼς ὅτι ἐγγυητὴν, ἢ ὁμολογίαν ἐκτίθεται, κατὰ τὰ πρὸ βραχέως εἰρημένα ἀσφαλίζομαι, ὅτι ἐν τῷ καιρῷ τῆς ἀποφάσεως ἀπορεθῆναι ἐν τῷ δικαστηρίῳ. &c. ubi verbis, κατὰ τὰ πρὸ βραχέως εἰρημένα, non respicit Theophilus ad cautionem antea præstitam, (de hoc etiam genere cautionis nullus ante fuit sermo,) sed alternationem illam cavendi vel per promissionem vel per fideiussores, (de qua actū in § 2 & 4.) quæ cum non intelligeret interpres, verba omnia & integrum quasi versiculū περὶ γὰρ usque ad εἰρημένα inepte parenthesi inclusit: qua parenthesi admissa, verbū ἀσφαλίζομαι, non habet quo referatur, aut solœcissimum facit. Et nimirum, initio alia cautione exposita propter personam ipsius rei, opus esse ait Deinde quænam ea sit, & quid amplius caveat reus exponit: ita quidem perspicuè, ut verba eius nullam aliam, quā eam, quæ a nobis allata est interpretationem ad eū locū patiatur. Illud scrupulū moveri possit, quod in f.

huius nostri vers. ait Justin. *omnia praestet fideiussor*, quibus verbis videri possit significari ipse reus, quippe quem in pr. §. procuratoris sui fideiussorem, vocat Justin. qua de causa Hottom. ibid. legendum putat, *vel ipse vel fideiussor*, quomodo etiam Theoph. πάντα παρέξει αὐτὸς, ἢ ὁ τούτου ἐγγυητὴς. Verum quod ipse reus intelligi non possit, ex eo apertum est, quod ipse super facto à se ipso praestando idoneus fideiussor esse nequit: & quod in priori casu reus ipse procuratoris fideiussor est, ex eo in posteriori quoque eum fideiussorem esse nullo modo inferri potest. Caeterum ut lectio illa Theoph. bona sit, potest tamen & vulgata defendi, ut dicamus respexisse Justin. ad casum rei absentis, & contra promissionem suam absentis, propter quod ipse fideiussor statim conveniatur: nō obstante beneficio ordinis, in hoc casu singulari, quod etiam aliàs, ubi reus absens est fideiussori concedi non solet: quamvis etiam constitutio, qua remedium illud introductum est. Instit. iure sit recentior. Ex quibus etiam corruit emendatio *Cuiacij & Contij in notis add. ver.* qui verbum, *fideiussor*, plane expungunt, quod tamen in antiquis Codicibus extare fatentur. Et haec ad emendationem huius loci hactenus dubij & obscuri adnotare prolixius visum fuerit.

Iudicatum solvi & iudicio sisti.) Hoc, quod procurator Rei olim satisdederit, iudicio sisti, citra distinctionem admitti non potest. Cautionem illam de perseverando in iudicio, &c. praestitisse eum, nusquam traditum est, & videtur ea esse nova introducta à Justin. Veterem illam, quā ex mente Treut. th. 1. raptio violenta evitabatur multò minus praestitit, siquidem procuratorē in ius rapi potuisse nemo dixerit, nec si specialis fuerit procurator, quippe qui litem sibi cōmissam praecisè suscipere non tenebatur. Illud saltem verum est, eū qui ultrò, sive ex mādato, sive sine mādato, iudicium suscipere paratus erat, urgente hac cautione oneratum fuisse. Caeterum Tr. ita proponit, ut ex oppositione nō obscure colligatur, diversum eum statuere in actione personali & reali, quasi in hac procurator nunquam caverit de iudicio sistendo. Cuius differentiae rationem ego non assequor: & cum ex realis actionis causa eadem ratio esset vocandi in ius, non video quid ni hic etiam idē ius fuerit observatum. Planè sive proponas procuratorem in ius ultro sequutum, ibi de se sistendo promisisse, sive alia die apud praetorem, sive concepta formula & iudice dato apud hūc ipsum iudicem, nihil occurrit, cur aliud in personali, aliud in reali actione, statuamus.

Non minus quàm actor.) In subtiliter hoc dicitur: quia regulare magis est, ut caveant rei: & hoc ipsum quod proponit, de possessione immobilium, ad reos principaliter pertinet, ut patet *ex l. 15. in pr. h. t. & toto illo tit. iunct. tit. Si quis caut.* Imò si de iure veteri quaeramus, (etenim cautio de persequenda lite, est ex N. 112. ipse actor nomine proprio comparens nullam praestitit cautionē. Nec obstat *l. un. C de satisd.* quia ibi actor satisdat non qua actor, sed qua subiturus personam rei, nempe de defendendo: & quidem procurator actoris (qui aliàs non nisi de rato cavet) secundum formam Edicti, quod est *l. in 33. ult. de procur.*

THESIS V.

LIT. A.

Cautio iudic. solvi.) Ita hoc proponit, perinde ac si de novo de ea tractare inciperet: & tamen de ea iam egit th. praeced.

LIT. C.

Hodie expresse non adhibetur.) Et ipse tamen parum sibi cōstans statim subijcit eam in clausula mandati contineri, ita ut sit de substantia mandati: quod autem tale est, ut in clausula essentiali contineatur, id recte expresse dicitur adhiberi.

Continetur tamen mandati, &c.) Et hoc quoque rectè se non habet, cum in genere de cautione iud. solvi tractet, de mandato autem non possit quaeri nisi procurator interveniat: Atquin potest & reus procuratoris sui personam praesens firmare: quin & quivis defensioni alterius sine mandato se offerre potest.

De indemni servādo.) Manifestus hic lapsus est: quod haec clausula mandato procuratorio actoris inseri soleat, (de quo etiam Mynf citatus tractat, & sit pars cautionis de rato: & constat quod cautio de iud. solvendo non procuratorē rei, sed actorē respiciat, ut ex ea iudicatum cōsequatur: cum praesertim quo casu cum mandato intervenit, nullū sit periculū procuratoris, siquidē in eū actio denegatur iudicati *l. 4. de re iud.*

Cautionis hypothecaria.) Non satis meminit Tr. eorum quae tradidit *th. 1. lit. A & D.* satisdationem esse cautionis speciem oppositam cautioni per pignora, & ubicunque lex exigit satisdationem, dandos esse fideiussores: est autem haec cautio de iudicato solvendo satisdatio, & proinde in clausula hypothecaria, iuxta antetradita non recte dicitur contineri.

Qua-

Quæ clausula de substantia mandati.] Falsa hæc sententia est, siue quæratur de procuratore actoris siue rei: Quod ad illum nihil de essentia eius est nisi vt de voluntate domini constet: quæ si liquida est nulla cautione rati opus est per textum expressum *in §.3 Instit. d satisdat. l.1. C. d. procurat. l. un satisdando* Et est hic unicus finis & causa mandati; securitas rei, quod alias domino iterum agenti exceptio rei iudicatæ non obstaret. *l. 1. C. quibus res iud. non nocet.* Cautio autem indemnitatis ipsum procuratorem concernit, ut illi tanto melius cautum sit, & præter ordinariam mandati actionem, etiam hypothecariam exercere possit. In procuratore rei ijsdem fere de causis res expedita est, cum etiam ut paulò ante dictum, nullum huius videatur periculum: & quidquid etiam præstiterit, regressum eo nomine habeat contra mandantem: Et nimirum ea de huiusmodi mandatorum essentia habenda sunt, quibus omissis, iudicia elusoria futura essent.

LIT. D.

Illud generaliter, &c.] Ait si quis per procuratorem in iudicio versetur, nulla esse opus satisdatione. Ergone opus erit, si quis litiget per se ipsum? Vtiq; multo minus. Sed illud magis nota dignum, quod vbi de mandato constat, nulla esse ait opus satisdatione: siquidem contra dicit, quod *lit. C.* cautionem de iudicato soluẽdo, quippe de hac initio ubi egerat, necessario mandato inesse ait. Quod si de cautione rati intelligas, idem vitium erit, & insuper sequetur, eam esse de essentia mandati: quod tamen falsum est etiam ipso Tr. autore *infr. disp. 9. th 8. lit. A.* Sed de hoc jam egimus, & constat, cautionem de indemnitate procuratoris, siue clausulam, neq; cautionem de iudicato soluendo, neque de rato habendo continere, & insuper necessariam, aut essentialem mandato esse in eoque lapsus est Tr. quod ista non recte distinguendo male concludit.

Siue actor siue reus.] Posteriori huic quod vbi de mandato procuratoris etiam ex parte rei cõstat, nulla sit opus satisdatione, diserte contradicit textus *in leg. vn. in fin. Cod. de satisd.* his verbis: *rei autem procurator etiam sub gestorum testificatione factus, iudicatum solui satisdationem præstare cogitur.* Neque possis ad hodiernos mores illud restringere: quia etiam olim idem ait obtinuisse. Neque etiam ad cautionem de rato referre: vel quia verba generalia sunt, *nulla satisdatione*. vel quia ex parte rei interueniens etiamsi mandatum nullum habere eum constet, cum cautione de iudicato soluendo admittitur.

Quo tamen in loco Triboniani manus.] Infœlix hæc obseruatio est, nec aut stylus, aut quicquam hic occurit, quod vel tantillum illum locũ suspectum facere possit. Et habet hoc perspicuam & summam rationem, vt vbi de voluntate domini per aliquam actionem mouere volentis, constat, hic non grauetur cautione rati: quippe cuius hic vnicus finis est, vt reus absolutus, domino iterum actionem mouente à procuratore falso eiusque fideiussoribus consequatur, quantum secundo iudicio ipse præstare coactus fuit: idque scilicet est quod *in l. 65.* dicitur, in casu ibi proposito non opus esse cautione rati, perinde ac si quis causam præsentis ageret: idque iam olim rescripsit Imperator Antonius *in l. 1. C. de procur.* vbi negotium alicui mandatum esse constat, non exigi cautionem de rato.

LIT. E.

Sin dubitetur, cautio de rato.] Hoc non satis bene ad præcedentia, de actore & reo quia hic de iudicato soluendo satis datur à procuratore, etiamsi mandatum certò habeat: & cum hac cautione admittitur etiam quem mandatum non habere constat. Et igitur pertinet hoc tantũ ad procuratorem actoris: sicut & quod proponitur in exegesi, si omninò deficiat mandatum eum nec quidem cum cautione de rato admitti.

Voce & manu.] In stipulationibus manum iungere necessum fuisse nusquam proditum existimo. Porrò cum hæc cautio satisdatio sit, vtique non sufficiet promitti siue voce siue manu, sed regulariter, fideiussoribus opus erit.

Nisi sit in iudicio approbatus.] Hanc exceptionẽ ad regulam, si deficiat mandatum, non admitti procuratorem, falsam esse non dubito: quippe quæ nec probetur vllo textu, & certissimæ iuris rationi repugnet, vt quis actionem alienam sine mandato in iudicium deducere possit. Et verò longè hæc diuersa sunt, esse in iudicio approbatum, & posse introducere actionẽ sine mandato. Et ex illo ad hoc nulla consequentia est.

LIT. F.

Quæ ad litis vsque contestationem.] incongrua hæc locutio est: dicere debebat, ante litem demum contestatam hanc cautionem peti posse, & postea eius exigendæ facultatem esse præclusã. Vbi tamen habiles termini ponendi sunt in personis, quæ aliàs rem in iudicium deducunt, & litis contestatione domini litis efficiuntur, cuiusmodi est procurator vniuersorum bonorum *argum. l. 33. §. vlt. d. procur & l. 5. § 18. de nou. op. nũn.*

vbi dicitur etiam verum procuratorem cauere teneri de rato: qui videlicet, cum esset procurator generalis ad negotia, ad agendum speciale mandatum non habebat. Secundũ quæ à Treut. tradita explicanda & restringẽda sunt & hic sane non de mandato ad negotia, sed ad iudicia tractatur. Sicut & hoc cautione opus habet, quod tantum vsque ad litem, contestatam hanc cautionem admitti ait: etenim si procurator falsus proponatur, exceptio *quod mandatum non habeat*, etiam post litem contestatam, in quacunq; parte iudicij, imò etiam post conclusionem in causa, quin amplius & post sententiam opponi potest, quia iudicium retro reddit nullum *l. 24. vbi Dd. C. de procur.* Ex his apparet thesi hac vna, eaque non vsque adeo prolixa, valde multa à Treut. peccari: quod nimirum ille confusim de principalibus & interuenientibus, de reo & actore, de procuratore & defensore, de cautione rati & iudicato soluendo, denique de satisdatione, cautione hypothecaria, & repromissione, tractare videtur.

THESIS VI.

LIT. A.

Thesis hæc tota ferè, vt loquuntur fugitiua est, & quæ hic proponuntur, definitioni & distinctioni cautionum sub *th.* 1. minus bene accomodantur.

Iudex iuramento cauere solebat.] impropriè hæc cautio dicitur, quoad hanc quidem tractationem. Cæterum res ipsa dubia est, quod locus Ciceronis & Asconij Pediani, ad eos iudices qui in publicis causis cum prætore iudicabant, pertinet: cæterum quod pedaneus iudex in singulis priuatis causis iuramẽtum præstiterit, haud scio an satis probari possit. Neque hic mihi satis facit autoritas Iustin. *in l. 14. Codic. iudic.* qui iuramentum illud de quo iam diximus latius produxisse videtur.

Ante tempora Caij.] Quem hic Caium intelligat, an Cæsarem, an Tiberium an Caligulam, & quo autore post Caium illum, iuramentum solenne iudicium desijsse adstruat, ego non capio. Vtique verum hoc esse non potest, si vera sunt quæ tradidit *Reuard. alleg.* tum ex Persio qui vixit sub Nerone, tũ præcipue ex Symmacho, qui aram, ad quam iudices iurare solebant, iussu Gratiani euersam restitui petit: qui vtique aliquot centum annos post quemcunque tandem Cajum vixerũt. Et ita scil. inter alia scribit Symmach. *lib. 10. epist. 54.* Jlla ara concordiam tenet omnium, neque aliud magis autoritatem facit sententijs nostris, quam quod omnia quasi iuratus ordo decernit. Et possit particula *quasi*, scrupulum mouere: sed enim verum fuisse iuramentum, docet responsio Ambrosij: Te *inquit*, imperatore Christiani in aram iurare coguntur; Et vtcunque huius rei non satis certa fides sit, attamen assertionis huius Tr. de tempore Caij, longe incertior, imo incertissima fides est.

LIT. B.

Quod ordinarius hodie.] Si rectè habet particula, *hodie*, sequetur non amplius in singulis causis iurare iudices. Et tamen illud hodie probat *ex constitut. Iustin.* quem ipse *lit. A.* iuramẽtum olim in singulis causis præstari solitum ait reduxisse. Neque vero probabile est, quod Iustin. suã ipse legem *sub tit. C. de iudic.* voluerit abrogare: neque contraria aut incomparabilia sunt magistratum initio officij, & postea quodque in singulis causis iurare

Quam præsides præstant.] Hæc verò cautio sine promissio: ab hac tractatione alienissima est.

Vt statutũ in contrariũ non valeat.] Nolim hoc simpliciter affirmare. Equidẽ valere iudiciũ citra hoc iuramentũ neque hoc de essentia iudicii esse, dubio caret: siquidem ipso teste Treut. ante Iustin. hoc iuramentum in vsu non fuit, & experientia teste hodie non est. Superest igitur quæstio, an iuri communi quo hoc iuramentum introductum est statuto hic derogari possit; Traditio Dd. est, quæ consuetudine introduci possunt, etiã posse statuto: atqui hæc obseruantia, vt iudices in singulis causis iurent, tolli potest cõsuetudine. Nisi forte hæc differentia dati possit, quod quædam tacite fieri possunt, quæ non rectè fiunt expresse: & videri possit statutũ tale non solũ nutritiũ, sed etiã inductiuum peccati. Etenim licet iure ciuili hoc iuramẽtũ introductũ dicatur, attamẽ præsupposita hominũ malitia iurigentiũ & naturæ rectè dicitur cõuenire. Neque monet, quod cũ iudex iniquus pœnis legitimis subijci possit, ansã delinquendi præberi nõ videatur: quia præstat initio cauere quã postea punire, & quia multa à iudice fieri possunt, quæ effugiunt animaduersionẽ legis quibus iuramento & metu diuini numinis occurritur: neque tantũ causa delinquendi præberi dicitur, si gratia delicti admissi fiat, ratione præteriti, sed etiam ratione futuri, si eiusmodi omittantur, quibus homines à delinquendo abstinentur. Multo minus manet hæc dilemmatis species, quod vir quidem bonus etiam citra iuramentũ

fac

facit officium malus nec religione iurisiurandi à peccando absterretur: quoniam plerique medij generis sunt. Et his tamen non obstantibus ex diuerso tentari posset, in dubio tale statutum valere, quippe quod subesse possit aliqua ratio quæ mouerit statuentes: vel quod existimarunt sufficere semel initio iuramentum esse præstitum, vel quod metuerunt hominum in iurando facilitatem; & ita cauere voluerunt, ne periuriis causa præberetur, quod sicut quosdam nimis temerarios & faciles ad iurandũ, ita quosdã metu numinis diuini vsque ad superstitionẽ timidos animaduerterent, vt est *in l. 8 in prin. de condit. instit.* cum etiã hic a Repub. eligatur industria personæ, quam in singulis causis & ita tantum non quotidie nouis iuramentis fatigari inuidiæ & suspicionis plenũ est. Ex quibus etiã defenditur consuetudo Saxoniæ, quà iuramentum generale calumniæ abolitũ est, de quo infra *disp. 21 th. 5. lit. c.* quoniã vt ait *Bald. in l. si post. C. de euiction.* iuramentum calumniæ hodie contemnitur, & non appreciatur vnum obulum: *&* *Marant. p. 6. de iurament calumn num* 11 ait quod litigatores nostri temporis potius iurent de calumnia committenda quam vitanda, & ideo melius esse, iuramentũ illud ex toto tolli causa vitandi tot periuria: non obstante quod sit inuentum ob publicam vtilitatem ne veritas occultetur. Facit quod infra *pag. 2. disp. 5* statuit Tr. induci posse statuto, ne testes iurare cogantur, à quorum tamen depositione totum dependet: & rationis est plus tribui personæ, cuius fides publicè & electa & approbata. Illa verò Treut. ratio, quod sint sacerdotes iustitiæ, non concludit: vel quia sacerdotum nõ est iurare, vel quod qui alias iustitiam administrare obligati sunt, tanto minus iurare debere videntur: & quidem *in l. 1. de iust. & iur.* ICtis ille titulus tribuitur, & tamen plerique iudices ICti non sunt.

LIT. C.

Delegatus verò] Verba hæc arguunt quandam oppositionem, ordinarij & delegati: ordinarius, hodie initio officij sui præstat iuramentum, delegatus vero per documentum, &c. At quin hæc vitiosa imo plane nulla oppositio est: quia documentum delegationis cum iuramento iudicum nihil plane commune habet, & iuramentum quidem eo pertinet, ut rectè & sincere iudicetur, documentum autem illud tantum ad fidem faciendam delegationis. Sed & ex oppositione illa hoc efficitur, delegatum non teneri præstare iuramentum: quod ipsum tamen verum non est. *l. 14. in pr. C. de iudic.*

Per documentum cavere intelligitur] Otiose hic repetitur, quod iam traditum est, *disput. praeced. th. 5. lit A.* Nec otiose tantum, sed & inepte delegatus per documẽtum illud dicitur cavere: quia hæc nullo modo cautio, sed nuda & sola delegationis factæ probatio est.

LIT. D.

Sic cautio securitatis.] At quin hic agitur de cautionibus, quæ præstantur a partibus: utique verbum, *sic*, quo referatur, non habet.

Solet tamen distingui.] Non putarim simpliciter negandum, in criminibus, quæ per procuratorem agi possunt, concedi posse salvum conductũ, quod quis præsens fortasse melius se defendere posit. Cæterum illatio, quod bannitis salvus conductus non detur, non satis rectè se habet, quia hi iam cõdemnati sunt. Et tamen his à principe salvum cõductum dari posse rectè disputat *Fach. 9 controv. 62.* eoq; etiam poterit Camera, quæ utique ius habet bannitos absolvẽdi.

A magistratu dari, quia est pars imperii criminalis] Non concludit hæc ratio, quia nõ omnis magistratus habet imperium merum, neque hoc competit iure magistratus: quin imo, quatenus saluus conductus cum eo effectu quem ipsi Tr. tribuit, de quo paulo post, & vt in causis criminalibus, de quibus etiam tantum hoc proponit Tr. concedendus, cõsideratur, minime à quouis magistratu, etiam imperium merum habente, sed tantum à supremo principe, saluus cõductus concedi potest: *Boer. decis. 179. in prin.* quippe reũ etiam cõuictum dimittere, est quasi gratiã pœnæ facere quod soli principi licet. Cæterum Tr. etiam in hoc peccat, quod saluum conductũ tãtum restringit ad causas criminales: cũ tamen ei locus sit in causis ciuilibus, ita vt non tantum à iudice, sed etiam à parte concedi possit, vbi videlicet, quis metuit ne à iudice iniuria afficiatur; vel instantibus creditoribus in carcerem den Schuldthurn, coniiciatur, per notata *Herculan. tract. de non offend. c. 37. Cohr. de process. execut. c. 4. § 1 n. 176. Zas. p. 11. n. 25.*

Et marito concesso ad vxorem quoque.] Non satis assequor, quid & quem intelligat casum, quia aut vxor nõ deliquit & inepta quæstio est, quia saluo conductu non opus habet, aut vxor ipsa quoque deliquit, & assertio falsa est: quia duo diuersa delicta sunt, & cum alias saluus conductus plene acceptus, rationem iuris offendat, & quasi impunitatem delicti secum ferat, minimè omnium extendi debet.

Non concedendã, aut concessam seruandã.] Apparet

LIT. E.

Hic contra LL. methodi iterum quædam tractat de cautione de iudico sistendo. Sed quod ad ipsam rem attinet, ait præstare ab eo qui fugitiuus putatur vel in carcere captiuus detinetur; & subiicit in allegatis, hoc obtinere, quoties pœna corporis infligēda venit. Vbi aut male loquitur aut male sentit: etenim eos qui fugitivi putantur in carcerē coniiciendos esse, verū est, sed eos in criminalibus, vbi pœna corporis infligenda venit, sub fideiussoribus relaxandos esse, quam sententiam alternatio illa, *vel fugitiuus vel in carcere &c.* omnino exigit, falsum est: adeo quidem vt negatio hic omissa videatur & legendum, *quoties pœna corporis infligenda non venit.* Et tamen nec ita generaliter propositio vera erit, cum aliquando reus etiam capitis ad satis dandum admittatur. Cæterum cum etiā in causis ciuilibus quis de fuga suspectus esse possit, & aliquando etiam in carcerem recipi, hoc quoq; male Treut. quod generaliter in th. propositū, in exegesi restringit ad causas criminales, in quibus de pœna corporis agitur. Cæterum quæstio illa, an in criminalibus admitti possint fideiussores, cōmodius infra *part. 2. disputat. 28.* tractatur: summatim tamen hic proponere lubet. Quod aut quæritur de cautione iudicato soluēdo, & ita de cauendo nomine pœnæ, aut de iudicio sistendo. In illo casu probandam puto distinctionem Dd. an veniat infligenda pœna pecuniaria, vt hic etiam de iudicato soluendo satis dari possit: an de pœna, vt loquuntur corporis afflictiua: & satis dari de iudicato soluendo non potest: neq; enim iudex in personā aliā ita animaduertere, aut quisquā ita se iure nostro obligare possit. Quoad hunc casum, etiā vbi pœna corporis afflictiua delicto debetur, imò etiā in capitalibus de iudicio sistendo caueri potest: quia non statim criminis postulatus in carcerem recipi debet: nisi delicti atrocitas aut notorietas, vel personæ vilitas aliud suadeat. Et ad eundē modū actor satis dat, nō super pœna calumniæ vel talionis, sed de iudicio persequendo. Et vtroq; casu promittunt fideiussores vel simpliciter, vel sub certa pecuniæ summa: illic quantū iudex arbitratus fuerit, hic quantum promissum est, exigitur: nunquam autem aut pœnæ delicti vel calumniæ succedanei fiunt fideiussores, neque aliàs criminaliter in eos animaduertitur, nisi dolus ipsorum, V.C. in non sistendo arguatur. Hæc nimirū & rationi conueniunt, & probantur textibus iuris; (qui etiam hinc explicandi sunt) *in l. 1. 2. 3 & 4 de custod. reorum. l. vlt. C. eod. l. 3. C. de his qui accusare l. 2. §. 1. de accusat. l. 6. §. 3. & l. 12. C. de appell. l. 1. & 2. C. ad Turpill.*

Hodie tamen fideiussores recipiuntur] Ex iam dictis apparet errare hic Treut. qui hoc. vt aliquādo in criminalibus fideiussores de iudicio sistēdo sub certa pecuniæ summa admittantur, restringit ad mores nostros & ius Saxonicum, cum tamen certò & liquidò idem iure ciuili Romano obtineat.

Vbi tamen cautela illa opus in primis, maximè de iure Saxon.] Et existimat igitur Treut. quod citra cautelā illā siue protestationem aut reseruationem, acceptis fideiussoribus causa ex criminali fiat ciuilis. Hoc quidē iure ciuili perspicuè falsum, eoq; particula *maximè*, vitiosè adiecta est. Quin amplius nec Saxon. iure sententiam adeò absurdam probari crediderim, quæ defendi nō possit, nisi inducta aut nouatione obligationis criminalis, aut liberatione rei: quorum neutrū vllo prætextu aut colore dici potest: & rationi manifestissimè repugnat, vt per cautionē de iudicio sistendo varietur causa principalis. Et videri possit Treutler. confudisse actionem contra fideiussores & contra reum principalem: cōtra illos persecutio mere ciuilis est, nisi quod aliquando propter dolum extra ordinem puniūtur. *l 4 de custod. reor.* Sed contra hunc est persecutio criminalis, quæ cum sponsione & obligatione ciuili fideiussorum nihil habet commune. Verum potius Treut. pinguius accepisse videtur Colerum cuius auctoritate nititur; qui *part. 2. de process. execut. c. 3. num 95. & seqq* agit de parte accusante: cæterum iudici præiudiciū aliquod fieri, & viam inquisitionis præcludi minime affirmat: & ergo simpliciter dici non potest causa criminalis mutari in ciuilem. Deinde tractat de accusatore, qui elegit viam accusationi contrariam, verbi causa transactionis cum cognatis occisi III. Non tam mutari causam criminalem, in ciuilem, quam accusationem remissam videri affirmat: quæ longè sunt diuersa: quippe quod ita nec tertio accusaturo iudicio publico præiudicium fiet. Deinde cautelam illam non necessariam, sed vtilem saltem pronunciat.

Tandem huic cautioni affinis.] Quænam hæc affinitas sit cautionis fideiussoriæ de reo sistendo, & cautionis de non vlciscendo, nec coniectura assequi possum: aut aliàs inter omnes omninò cautiones affinitas quædam fuerit perhibenda.

THESIS VII.

LIT. A.

Ait hac lit. etiam manifestè locupletem, si fideiussores dare iubeatur, non posse obligatione bonorum suorum hoc declinare. Contra quā sententiam disputat *Iason. in l. 1. qui satisdat. cogant* & præcipue ei aduersatur, *l. 15. in prin. h. tit.* quod si enim possessores immobilium non satisdant, vtique propter bona sua necessitatem satisdandi euitant. Neque possis Treutl. restringere ad eum casum quo in specie & nominatim fideiussores exiguntur: vel quia vbi præcisè hos lex exigit, vix ratio fuerit dubitandi: vel potius quia Treutl. suprà *th. 2 lit. A. & D.* tradit, vbicunque à lege satisdatio exigatur, fideiussores requiri iuxta *l. 7. de prætor stip.* Neque rursus accipere possis Treutl. de eiusmodi locuplete, qui nulla habet immobilia: quoniam & citra hanc distinctionem a Dd. hæc quæstio proponitur eique resistit *l. 1. § ut legat. serv.* cum præsertim ipse quoque Treut. loquatur generaliter & quidem non de depositione, sed bonorum obligatione: & vel maxime qui multa immobilia habet, locuples existimandus est. Attamen pro Treut. facit *d. l. 1 §. 1.* quod satisdare teneatur quarumcunque facultatum hæres: & *l. 5. 1. §. vltim. cum ll. seqq. de procur.* Quibus non satisfacere videntur responsiones Jasan tum ad *d. l. 1. §. 1.* speciale esse in vltimis voluntatibus vt feliciorem sortiantur exitum: tum ad *dict. l. 51. de procur.* cum ibi grauetur actor, quod quamuis defensorem cogitur admittere in alio esse relevandum, & commodius ad *d. l. 5. 1.* forte dixerit quis speciale esse in eo qui intervenit nomine alieno & ad *d. l. 1. vt leg. serv.* ibi nō sufficere facultates hæreditarias, quod dubitari possit an sit iustus hæres, non autem negari quin sufficiant aliæ cum præsertim *ex l. vltim. §. 3 quod legator.* etiā pignora hoc casu admittantur. Existimari possit, quod dicitur *in d. l. 15* (vt etiam supra notatum) pertinere ad cautionem iudicio sisti: tum quod *ex §. 3* eiusdem legis & maritus & vxor propter fundum dotalem pro possessoribus habentur cum alias vtrumque coniugē propterea satisdatione quauis liberari fuerit absurdum tum quia V. C. tutorem vsufructuarium ob solā fundi alicuius possessionem satisdandi onere liberari, non satis conuenit rationi iuris. Et hic tamen scrupulū mouet *l. 7 d prætor stip.* vbi oppositio fideiussoris & depositionis argenti & auri, arguere videtur à contrario sensu sufficere obligationem bonorū immobilium. Sed responderi tamen potest, vel quod hoc argumenti genus non semper concludat, præsertim ex loco qui nō vno modo explicari solet: vel potius, quod ICtus ibi oppositione illa remoueat illud, quod potius videbatur admittendum: vel forsassis rectè colligatur: siquidem necessitas fideiussoris dandi actuali depositione pignoris euitari nō potest, multo minus posse obligatione bonorū & hypotheca. Sed nos hic, vt in re non satis liquida, subsistimus.

LIT. B. C. & D.

Hic personas diuersas non satis bene coniungit, quod sc hac ipsa in re diversum in iis ius. Nam & ipse minori beneficio restitutionis opus esse agnoscit: & militē extra casus speciales hic obligari nec ius est, de quo *inf. p. 2. dispu. 28.* Mulieris autem intercessio iure omnino probatur. *l. 9. Cod ad Vell. l 16 in fin. §. eod.* de quo *inf. disp. 25.* & aliud est, non obligari intercedentem, & posse ex causa ætatis vel priuilegii recusari, iuxta *l. 8 §. 1. h t.*

LIT. F.

Quia personam standi.] Hæc ratio bona non videtur: quia possit sufficere, vt dominus de peculio conveniatur: qua de causa etiam alias rectè contrahit seruus & dominum actione de peculio obligat. cum alias ex ista ratione nec contrahere posse seruum consequeretur. Sed speciali ratione negatur servo jus fideiubendi, ita vt inde nec de peculio contra dominū cogi possit: (*de quo inf dist 14.*) extra quam si in rē peculiarē vel iussu domini, &c. fide iubeat: ex quibus tanto magis non concludere istam rationem efficitur: cum etiam eadē ratio militet in minore quem tamen ex hac causa obligari Tr. admittit.

LIT. G.

Nec qui fori præscriptione.] Hic procul dubio obligatur, (& commiscet adeo Tr. eos qui plane non obligantur, & qui recusari possunt.) sed propter, privilegium cessat in eo facilitas conveniendi, ex qua simul idoneitas fideiussoris æstimatur. *l. 2. in pr. h. t.*

Nisi renunciet suo priuilegio.] Male hoc simpliciter pronunciatur, nisi in verbō *priuilegii*, emphasin ponas, & scil. fideiussorem alias iurisdictioni subiectum proponas: quo casu allegatio priuilegii, remouebitur replicatione pacti, vt in specie *l. pen. C. de pact.* cæteroquin plane nō subiectus simpliciter renuntiando non efficiet, vt possit iudex non suus eum arctare ad cōparēdū: per notata sup. de prorogatione ad *disp. 2. th. 7. & vlt.* & hoc forte innuit Treut. dum mox inferendo subijcit, eum qui fideiussorē dat, alienæ iurisdi-

iurisdictioni subiectum, nihil agere videri: quia talis fideiussor, nec renuntiando efficere poterit, vt coram iudice non suo conveniatur, secūdum quæ phrasis, *Nihil agere*, cum mica salis accipienda est: cæteroquin aliquid vtique agitur, cum fideiussor talis in suo foro conveniri queat. & ex his etiam explicandæ, *l.7. in fin. prin. h t. l 1. si quis in ius voc.*

An sicut fieri prius legio, ita Velliano.] Parum apte quæstiones plane diversas super diuersis plane remediis coniungit.

Eo posito mulier iudicialiter.] Atquin Tr. se remittit *ad 25. disp.* vbi etiam extra iudicium mulierem Velleiano renuntiare defendit: eoque adeo posito non tantum iudicialiter sed etiam, extraiudicialiter mulier intervenire poterit.

[*Satisdato cauebit*] Incongrue hoc loco dicitur, mulierem satisdato cauere: quia cum intelligat fideiussionem, non qui fideiubet, sed qui fideiussores dat satisdato cauere intelligitur.

LIT. H.

Etiam cum pluraliter fideiussores Lex exigit] Veram puto hanc sententiam: I. quia Lex non censetur respexisse ad numerum, sed ad cauēdi modū, & exclusisse pignora & nudam promissionē. II. Quia Lex fideiussores requirit fauore partis, vt ei recte cautum sit, atquin æque bene, imo etiam rectius & melius per vnum fideiussorē satis & æque locupletem cauetur Et longe diuersa ratio est eius, quod ad minimum duo testes requiruntur: quia hoc fit ad effectum probandi, qui non obtinetur per vnum.

Quod tamen in ciuilibus.] Distinctio hæc non sapit: quia etiam in criminalibus vbi quidē de pœna pecuniaria agitur, eadem plane ratio: nec diuersa satis vbi de pœna corporali: quia, vt ante dictum non in pœnam sed in summam pecuniæ fideiubetur Et ridicule quis dixerit plures fideiussores facilius reum custodire posse: quoniam non hoc spondent fideiussores, sed simpliciter, si reus se non stiterit, pœnam. Et Maranr. quidem de constitutione Regni loquitur: non de iure ciuili. Plane hic arbitrio iudicis locum fore non negauerim. & siquidem quod VVes. Tr. ait, ex delicti & Personæ qualitate hoc æstimatur, etiam aliquando sufficit vnus: & ego tamen locupletem satis regulariter sufficere defendam.

LIT. I.

Et in criminalibus.] Hæc ad cautionem de iud. sistendo pertinent, eoque contra LL. methodi iterū hac thesi inculcantur: & in tāto peius quod *th. præc. lit. E.* de fideiussione in causa criminali actum est, quo loco & ista erant proponenda.

Ne quidem alterum volentem.] Vitiose hoc tractatur: quoniam iuxta nos *th. præc. lit E.* distingui oportet inter cautionem de iudicato soluēdo, & iudicio sistēdo, pro illo nec volens admittitur, pro hoc omnino suis casibus admittitur.

Vbi vero dignitas eius.] Vitiosa & limitatio ad præcedēs quo nec volentē admitti dixerat. quod sc. verū est, quoad pœnam principalem: id vero extra dubiū est eodē modo obtinere, quæcunq; etiam dignitas personæ proponitur. Sed quo ad cautionem sisti, verū est ad eam facilius in causis criminalibus eum qui in dignitate aliqua est, quam hominem vilem aut plebeium admitti, si modo alias crimen non sit notorium.

THESIS VIII.

Hic iterum imo quartum de cautione iud. sisti tractat, Res ipsa satis bene se habet nisi quod in pr. vt generalia proponit, quæ omnino sunt specialia velut illud *lit. A.* de fructibus, & magis quod sequitur de retinenda possessione: quod quidē huc non videtur pertinere, cum actor nō de retinenda sed adipiscenda in actionibus realibus possessione, laboret. Cæterum interesse, latius patet, neque perpetuo id tantum quanti res est, significat sed frequenter etiam accessiones, & omne id, in quo culpa aduersarij conditio nostra facta est deterior qua de re alibi agitur.

Siue minor siue maior sit.] Atquin hoc casu id quod excedit non potest nisi pœnæ habere rationem: ideoque incidit hoc in prius membrum de pœna adiecta.

Eodem modo & reus] Non videtur plane eodem modo: vix enim est, vt hic in quantitatem aliquam summæ à se debitæ promittat.

Nisi tamen noua causa.] Hoc incongrue subijcitur ei quod præmittitur, non renouari satisdationem, si fideiussor ab initio fuerit pauper: sed pertinet ad illud quod aliquando ex causa satisdatio renouetur.

In fideiussore iudiciali.] Male hoc quasi restringitur ad iudicialē. cum vt renouetur satisdatio, omnibus satisdationibus prætoriis sit commune. *l. 4. d. præt stipulat* quarum iudiciales species sunt *l. 1. eod.* & fortassis aliquādo in cōuentionalibus. de quo agitur *infra p. 2. disput. 28 th. 2. lit. f.*

LIT. B

Si ex arresto Nobilis fugiat.] Cū thesis generalis sit, nō recte hoc quasi ad delictū restringit. Cæterum Nobilem ex hac causa pro confesso habendum esse, nec sufficiente ratione, nec textu

 proba-

probatur: textu autem ad hoc statuendum omnino opus est, cum ex ista fuga non nisi præsũptio nascatur, quæ in criminalibus, vbi desiderantur probationes euidentissimæ, non sufficit ad condemnandum. Et Mascardus citatus de eo qui ex carcere extractus, & fideiussoribus commissus auffugit, loquitur: quod ipsum tamen vix admiserim, sicut nec hoc eiusdẽ carceratũ haberi omnẽ, qui libere recedere nõ potest: neque enim quoad effectum tanti momenti modi fictiones admitti debent: quin potius, quod effugiens ex carcere pro confesso habetur, ad carcerem propriissime acceptum oportet referri. quo facit quod ipse *Mascard nu.5.* scribit, pro confesso non haberi, qui ianua aperta cum esset, ex carcere discessit.

Hodie etiam viros illustres]Odiosa hæc repetitio eius quoque totidẽ verbis tradidit *th. 2. lit. B* & insuper, sicut ibidem notatum, male generaliter hoc affirmatur ex Claro, qui tantum loquitur de causis criminalibus.

LIT C

Reliqui causa cadunt.] & hoc quoque affirmatur sine ratione & textu, imo repugnante textu *in Nov. 53. c. 4.* vbi iudex nihilominus hoc casu iubetur examinare causam, aut auctorẽ interim rei servandæ causa mittere in possessionem. Siquidem VVesemb. citato loco eam pœnam esse ait ex constitutione quadã, quæ desideretur sub titulo *C de cust. reor.* Verum inconveniens est, in re tanti momenti fundamentum ponere in constitutione, quæ nec authentica sit, & fortassis nec extet quidem: maxime cum ille titulus Codicis pertineat ad causas criminales, in quibus propter solam vadimonij desertionem pro conuicto & confesso quem haberi, fuerit perabsurdum.

Maximè si in contumacia.] Minus concinna videtur hæc limitatio, quippe quæ præsupponat, etiam citra talem perseverantiam pœnæ huic esse locum: & verò cum diversa sint, non stare cautioni, id est ad diem condictum, non occurrere in iudicio, & porro citatum & expectatum non comparere contumaciter, in re tanti momenti vagari non oportet: & si quidem continuata cõtumacia opus est, propter solam emansionem puniri reus ita non poterit, & tamen nec contumaciam talem adhuc sufficere, probat *dict. Nov. 53.* & rationi iuris convenit, quo alijs remedijs contra contumaces satis est provisum.

THESIS IX.

LIT. A.

Hostia ab hostire, quod ferire. Hanc quidem notationem Festus probat, sed aliud iudicium fuit Servio & Ovidio I. Fast.

Victima quæ dextra cedit victrice, vocatur.
Hostibus à domitis hostia nomen habet.

Vide Gell allegatum, quem Tr. Lipsij coniecturam secutus, perpetuo Agellium appellat. Et Lipsius quidem *lib 1. antiquar lect.* 10. scriptoris istius nomen se nunquam nisi dubitantem ponere ait, vt tamen & ibi & *5. epist. quæst. c 8.* magis probet *Agellium*. Ratio ei duplex à manuscriptis, quarum fides penes ipsum sit, & ex Prisciano qui *lib. 4.* in hæc verba scribit: *servus servi servius, servilis servilius, agellus agelli agellius &c.* ex quo loco non nisi, absurde & inepte scriptorem nostrum Attic. Agellium appellari debere colligas, & vel ideo mutandi illius nominis ratio nulla, quod & *Fulvius Vrsinus d famil pop Rom.* & accuratissimus scriptor *Onufrius d antiq. nomin.* Gelliæ gentis meminerunt, & in 10 plus minus inscriptionibus antiquis eius mentionem fieri, admonuit me Clarissimus Gruterus: neque minus certum est. quod Aulus apud Romanos fuerit prænomen.

LIT. C.

Ad illas & mobilia festa.]Nulla hic ratio dubitandi, quippe cum propterea, quod non semper incidant in eundem diem, non possint desinere esse solennia. Cæterum definitio festorum mobilium, quod sint feriæ in diem certum mensis conceptæ apud *Sich. in l. 3. C. de dilect.* non extat, imo ea suspectæ fidei est, & contrario modo festa illa immobilia sunt, quæ constanter eundem perpetuo diem mensis servant: & ea mobilia, quæ non servant, & diuersis annis non raro aliquot septimanis prævertunt.

LIT. D.

His quoque omnibus prodesse.] Probandam puto hanc sententiam, non obstante *in prin. de fer.* ad quam dupliciter responderi potest. I. quod illa causa *quia occupati circa rem rusticam,* non finalis sit sed impulsiua, qua iuxta vulgatam Dd. traditionem cessante, non protinus cessat dispositio. II. Ruri occupatos censeri non tantum rusticos, sed etiam plerosque cives, & cum in iudicijs non tantum ipsis quos res concernit, sed alijs multis personis, Aduocatis, Procuratoribus & testibus opus sit, aliter si statuamus, facile fieri posset, vt contra *d. l in prin.* aliqui ab operibus rusticis auocentur. Quam vtramque rationem

tionem attingit glossa, ibid. hanc ipsam sententiam probans, quam simpliciter sequitur *Bart. in dict. l. 1 de fer. & ibid Castren.* ubi ait etiam in causa mota contra aliquam universitatem locum esse ferijs istis, licet ea non occupetur operibus rusticis: quod & notat *Bald. ibid nu. 2.* ubi tamen magis existimat causam in *d. l. 1.* esse finalem, sed sufficere quod in pluribus verificetur; & istam sententiam communiter teneri testatur *Ias. ibid col. 2.* ubi addit, quod dictum generale, etiamsi ratio subiecta sit specialis, nō tamen propterea necessario per eam restringatur. Plane non obstat *l. 1. C. de agric.* in qua tractatur de oneribus personalibus, ad quæ rustici tantum in messibus occupari extrahi & avocari prohibentur.

LIT. F.

Illud q; nisi sacra sint, renunciari potest.] Rectum ferias istas distinxisset, quod aliæ dicatæ sint cultui & honori divino, aliæ occupationibus & utilitatibus privatorum. Et his scilicet renunciari potest, non tantum expressè, sed etiā tacite *per l. 1. §. 1. de ferijs.* ibi *præsentibus & sponte litigantibus,* ex quo illud notat *Ias. ibid.* ubi ait quod exceptio feriarum sit opponenda, alias processum valere. Fuerit sane in omnem eventum tutius, ut expresse renuncietur feriis; quod monet Treut his verbis, *qua renuntiatio à parte rei tutius fiet expresse*: pro eo quod dicere debuit, cautius & tutius facturum actorem, si à reo ferijs expresse renunciari curet. Cæterum ferijs cultui divino dedicatis renuntiari non posse, nec quicquam ijs diebus coram iudice vel arbitro compromissario recte agi probatur ex *l. ones 7. Cod. d. ferijs. Menoch. 1. d arbitr. quæ 30 Marant. pag. 4. dist. 10. num. 64. Eaq; glo. Bart. & Bald. in l. si feriatu 36. de arbitr. d.* textum ad eas ferias, quæ messium ac vindemiarum causa cōstitutæ sunt, restringunt, in quibus tamen term nis vix videtur esse ratio dubitandi & in ferijs paganorum forte aliud iure veteri obtinuit, quæ videtur sententia Hottom. 8. *obs. 10. ubi postrema verba d. l. 36.* à Tribonian. respiciente *ad l. 7. C. de ferijs,* putat adiecta.

Ferias sacras variari posse.] Sententia hæc vera est, sed nisi verbum, *sacras,* strictissime accipit, subiecta ratio falsa, quod ius divinum a iure civili tolli non possit: quod scilicet pleraq; feriæ, quæ sacræ dicuntur, ex iure divino non sunt, veluti festa Apostolorum, natalitia martyrum de quibus agit Pontifex *in c. 3. de ferijs,* ad quod se refert *Menoch. 1. de arbitrariis q 30 nu.* 12. & de ijsdem tractat. *Marant. part. 4. dist. 15. num. 63. & seqq.* quos cum citet Treut. sequitur eum ferias sacras latius accipere, & consequenter subiectam rationem falsam esse.

Postremum existimo verum esse] Discrepantibus ferijs in diversis locis iudicis ferias observandas statuit. Cæterum præsupposito quod diversitas Calendariorum, vel etiam religionum, ex quibus duobus ferè diversitas feriarū dependet & existit, permittitur in Republ. rei quoque rationem habendam esse non dubitaverim. Fuerit etiam absurdū reum, verbi causa Lutheranæ religionis, citatum ad diem, in quem forte natalis Christi incidit, coram magistratu Pontificio, cui dies ille sacer non sit, comparere teneri.

Non recte addunt rationem.) De hoc actum disputat. præced quo ipse se remittit Tr. Cæterum quam intelligat distinctionem, quæ non tollat modum, haud scio: siquidem Sichard. loc. citat de alia & diversa quæstione tractat, si videlicet postremus dies termini incidat in diem feriatum.

THESIS X.

LIT. A.

Non enim comprehendit dilationes à legibus.) parum hic sui memor fuit lit. E. ubi exempla & species dilationum legalium proponit.

Non nova dilatio.) Prima proponit, quod non nova dilatio decernatur, sed à lege datū tempus prolongetur. Reddit rationem, quod dilationes sint amputandæ At quin eodem res redit sive nova detur dilatio, sive iam data, eodem spacio prolongetur; neque verbis, sed rebus leges impositæ sunt: quin imo concessio dilationis novæ ad amputandas dilationes magis proficiet: quod cum tres ad summum dentur dilationes, prima prolongata & producta habebitur pro una. Quod ad propositionem attinet, duo considerari possunt tum quod sine causa hoc restringit ad dilationes legales, de quibus initio hic se acturum negat, cum præsertim hoc in dilationibus legalibus difficilius locum habeat, de quo mox sub lit. D. tum quia cū proponatur de dilatione quæ effluxit, quod amplius non est, prolongari & prorogari non potest: & longè rectius ipse allegatus *Gail. 1. obs 91. numer. 8.* dilationem eo casu ait redintegrari; *& num. 10* prorogationem esse dilationis nondum elapsæ extensionem, neque enim prorogari posse quod non est:

LIT. B.

Prorogatio sive assignatio.] Genus hoc improprium & metaphoricum videtur, & potius dicendum, quod dilatio sit rei agendæ ad alium terminum vel diem, reiectio: vel nihil aliud est dilatio, quam spatium & interstitium aliquod. quod recte etiam notat *VVesemb in parat. C. h. t. in pr.* quem Tr. pro dissent. allegat, ita tamen ut huius quoque sententiam veram esse dicat: & sane de verbis pugnandum non est: quamvis idem Wesemb. dilationem ibidem quoque definiat termini, intra quem aliquid faciendum sit, assignationem.

LIT. C.

Ab alterutro reorum.] Abutitur hoc verbo, dum sub eo actorem quoque comprehendit: & quod dicuntur rei stipulandi, non facile alio trahendum aut extendendum est: & est omnino usurpatio illa a iure nostro paulo alienior, licet veteres verbo hoc ita usos testetur Festus in verbo reus.

In illius præiudicium rennutiare nequit. Nimis generaliter & indefinite hoc affirmat. Equidē quod ad illas dilationes attinet, quæ à lege ad certum aliquem finem alterutri litigantium dantur, verbi causa ad deliberandum, ad litem contestandam, &c. illis libere partes uti vel nō uti, adeoque renuntiare libere possunt: quod utique hic alteri nullum ius quæsitum dici possit, à quo quidem tota huius quæstionis dependet decisio. Neque aliter statuendum videtur in ijs dilationibus, quæ communi iure a iudice partibus indulgentur, neque obstat *l. 2. & 7. c. d. ferijs*, quia comparantur illæ feriæ secundum quid: & leges sunt coniungendæ legibus: & prohibitio referenda est ad iudicem qui invitis partibus citra nullitatem procedere nō potest. Sed controversia videtur esse de eo dilationum genere, quæ speciali quodam favore & iure conceduntur, quarum exemplum *in l. petenda. C. de temp. in integr. restit.* ubi huius quæstionis sedes. Et video communius probari sententiam Tr. quod impetrata dilatione tali statim ius alteri parti sit quæsitum, qua adeo in vita in eiusque præiudicium renuntiari non possit *Tiraq. d. retract. gentil. §. ult. ad fin. tit. num. 1. post Bald. in dict. l. petenda, & in l. si arrogator. nu. 7. de adoption. Speculat. dict. de lat. §. videndum vers. in summa, & vers. quid si reus, num 14. & 16.* eodemque inclinat *Castrensis in p. l. petende, C. de temp in integr. restit. in fin.* Vide etiam *Sf Odd. restitut. part. 1. quæst. 47. art. 11.* Sed magis placet, ut distinguamus cū *Salicet. in d. l. petenda num. 6.* ut renuntiare liceat reo, antequam faciat recipi probationes, sed postea in vito adversario non liceat: idque probatur *ex d. l. petenda, in fin* ibid. *etiam actor,* quæ implicativa ut Salicetus loquitur, demonstrat literam loqui, quando reus non renunciavit, sed probationes perquirit & investigat; eaque procul dubio sententia est *Bartol. in d. l. petenda*, ubi distinguit, an res sit integra nec ne. Fac. *l. si iudex, 41. d. minor.* tum per rationem ibi subiectam, tum per exemplum, quod ibi minor sententia in favorem suum lata, licet alterum eius caput pro adversario sit, ita potest non uti, ut ex ea adversarius agere non possit. Neque obstat quod ius quæsitum videatur adversario: quia ut recte Salic. ius perfecte & pure quæsitum nō est. Nō etiam obstat, *l. si post mortem, § ult. de bon. poss. c otra tab.* vel quia ita prætor edictum cōposuit, ut omnimodo præterito filio instituto etiā esset ius petendi: vel quia, ut respondent *Bar. & Salic.* institutus ibi, non contra ipsum præteritum, cuius beneficio possessionem contra tabulas petit, sed contra tertium venit.

LIT. D.

Ita contrahi ab eodem potest.] In iudicialibus dilationibus nulla difficultas, quas etiam iterato & sæpius a iudice dari posse docet *l. 7. h. t.* quod cum summam habeat rationem frustra *A. Fab. veron dict. l. 7. Sed utilitati, & seqq.* Triboniano adscribit: sed in legalibus, de quibus (licet verba Treut. illas respiciant) quæritur, an à iudice contrahi vel dilatari possint. Quod negādum videtur, quod iudex ministet legis contra legem nihil statuere potest. Plerique tamen ex circumstantijs iudicis arbitrio aliquid hic permittendum putāt, ita tamen ut dilatio facilius, vix coarctatio permittatur *VVesemb. in par. h. t. num. 13. arg l. 96 d. iud.* Alij distinguunt, an lex assignet terminum sine iudice, an per ministerium iudicis *Menoch. 2. de arb. cas. 52* quam distinctionem ex *Dyno. refert. Castrensis in l. 2. de re iudic num. 4.* Sed obstat *dict. l. 2.* ex qua ibi. Bart. indistinctè ex causa dilationes legales à iudice proferri aut constringi posse putat. Nisi quis diceret speciale esse in ea dilatione, quæ iudicatis datur, quadā ratione miserationis, quod & notat *Forner. 2. select. 15.* ad expediendam solutionem: ubi si reus morose actorem ludificaverit, vel alias solutionem facile expedire queat, cessante causa concessionis merito iudici aliquid licere debeat: secundum quæ *l. 4. §. 5. eod. tit.* de coarctatione termini quæ citra cognitionem causæ

causæ facta est, eum gloss. & Dd. accipi debet. si fortè iudex per errorem aut incogitantiam breviorem terminum in sententia assignaverit: licet *Ant. Fab. 12. coniect. 17.* locum illum à Triboniano existimat interpolatum. Secus erit in dilationibus & terminis, quos lex simpliciter actui alicui vel actioni præfinit. Non abs re etiã videtur distinguere *Castr. in d. 2. de re iud.* inter tempora quæ dantur favore illius cui dantur: & quæ d[illegible]tur magis in eius damnũ, ad excludendum [illegible] à iure suo: ut illa possint contrahi & prorogari, licet dentur à lege sine ministerio [illegible]icis, hæc non possit.

LIT. E.

Causæ eius sunt variæ.) Cum tota thesis sit de iudicialibus, non sine vitio hic proponuntur exempla legalium dilationum.

THESIS XI.

In causa criminali duæ.) Ratio differentiæ à causa criminali videtur, quod versatur interesse Republic. ut delicta deregantur: reo autem tres dantur propter gravitatem causæ ne innocẽs puniatur: Exceptio est in crimine adulterij *l. 4. d. adult.* partim favore matrimonij, partim odio adulterorũ, partim ob criminis qualitatẽ, quod occulte cũ fiat, testes nõ aut vix admittit: ideo datur dilatio ad exhibendas personas, quæ quæstioni aut examini subijciantur. Quæstio, quæ causa civilis, quæ criminalis sit, lit. A merito alio remittitur: & omnino ea hoc loco, nec movenda quidem, aut proponenda erat.

DISPUTATIO VI.

DE PACTIS.

Respondente

CONRADO DE SPINA, Aquisgranensi.

THESIS I.

LIT. A.

Pactum idem est cum conventione.) Vix videtur hæc usurpatio vocis, *pacti*, usui iuris convenire ut etiam contractus contineantur, maxime nominati: etenim in nominatorum propter eorum cum pactis affinitatem & quod speciale nomen sortiti non sunt, specialis videtur ratio: & adduci solet *l. 15. de præsc. verb.* ex quo loco tamen non satis id probari videtur. quia cum dicat ICtus pactionem non esse nudam, ut quis dicat ex pacto non nasci actionem, eo ipso pactum illud non esse innuere videtur. Attamẽ cum ipsis fatentibus neotericis pactum à pactione non differat difficile dictu est, pactionem nomẽ generis non esse, *vid. leg. 10. Cod. de pact. l. 3. d. usufr. l. 20. ad l. Corn. de fals. l. duo 71 pro soc. l. 1 §. 2. & 3 l. 7. in pr de pact. l. si quando, 3. 5 §. 1. C de in off. test. Dn. ad rubr Cod. de pact. n. 13. & seqq. Hott. 1. amic. resp.* 8. & adiectio illa nudi, arguit aliud pactum esse non nudum sive vestitum. Neque enim de nomine pugnamus. Ait Cuiacius pacta dici nuda explicationis non distinctionis gratia: verum dicit tantum, non satis probat. *& in l. 15. de præscr. verb. & in l. 10. C h. t.* nudam pactionem non nudæ opponi vix possis negare & suo se petit gladio Cuiacius. Morbi quidam dicuntur acuti: an igitur inquit quidam erit obtusi; Esto ne vocẽtur ita: omnes tamẽ morbos acutos non esse me. dico: um nos docebunt pueri. Sufficiat, quædã pacta non esse nuda, ubi de re cõstiterit, de nomine non erimus molesti Et alias quoque verbum hoc, nudi, distinctionẽ importat: ita enim proprietas nuda, usus fructus nudus, fama nuda, quæ opponitur vestitæ, cum qua sc. præsumptiones inditia & c. cõcurrũt *Freh. l. 1. de fam. c. 14.*

Pactio à pacto ut causa ab effectu.) Atquin hæc duo passim in iure confusim usurpari videmus, & *in l. 1. §. 2.* pactio dicitur plurium consensus, quam difinitionem ipse Tr. pacto tribuit, & *in l. 7. §. 4 eod.* pactio nuda negatur parere obligationem Videtur quidem Tr. pactionem accipere pro ipso paciscẽdi actu. pactum autem pro iure quod inde exultat. Verum hæc distinctio neque ratione neque iure probatur, & passim pactum quoq; ipsum actum denotat; quo respectu dicimus exceptionem pacti. Et deductio Grammatica est, qua *in l. 1. §. 1. h. t.* pactum dicitur appellari à pactione: qua de causa alij malunt legere, pactione.

LIT B.

Duorum vel plurium.) Equidem hæc definitio ICti est, attamen videri possint illa verba superflua, siquidem consensus non est nisi inter plures. Quin & si verba, prout iacent, accipiantur, latior erit definitio: siquidẽ etiam de quæstione aliqua idem sentientes, in idem placitum consentire recte dicuntur. Fortassis rectius cõventio definiatur, de dando vel faciendo consentio.

Quomodo à pollicitatione.) Pollicitatio in usu iuris significat promissionẽ μονόπλευρον Reipubl. & universitati factam, quod si verbum istud ad privatorum conventiones transferatur, idem significabit quod pactum, velut *in l. 5, C. de contrah. stipul.* ideo non probo Treut. cui pollici-

pollicitatio est omnis promissio quæ est citra alterius acceptationem: in quo errore etiam est Fach. 8. *controv.* 64.

Nullum igitur est dubium, &c.] Quod sequitur, ex præcedentibus non recte infertur: siquidem quibus diversa sententia placet, tacentem pro consentiente habent: quod & ipse Treut. subijciens sibi contradicere videtur: in eoque Fachin. *dict. loco*, manifeste labi, videtur, dum admittit tacentem pro consentiente haberi, pollicitationem tamen manere, neque pactum esse contendit. Etenim non de nudis verbis, sed de ipsa re quæstio est: nimirum si quis præsenti debitum se remittere, aut aliquid donare profiteatur, an taceti neq; acceptāti exceptio inde quæratur aut actio. Possint alias verba Tr. *nec per hoc ipsum, &c.* tāquam per occupationē dicta accipi, quod licet alias tacens habeatur pro cōsentiente, id tamen in proposito non habeat locum. Quæstionem hanc ex professo tractat *Menoch. 3. præsumpt.* 41. (nam apud *Br. Bl. & Cyn.* locis citatis nihil tale extat,) qui utramq; opinionem fere pro communi agnoscit. Et ego tamen contra cum in sententiam negantem cum Tr. sum proclivior: quia nullo casu tacens qui libere consentire potest, quoad hūc effectum, ut ei actio vel exceptio quæratur, pro consentiente habendus videtur. Neque enim taciturnitas sufficere debet & prodesse ei, cui imputari potest: quod voluntatem suam non declaraverit, & qui merito videri potest repudiasse beneficium, quod non obtruditur invito. ergo tacentem pro consentiente haberi, tum maxime obtineri credendum est, ubi de præiudicio alicuius præsentis & actum contradictione sua impedire valentis tractatur ex quo recte respondetur ad regulam, quod qui aliquid patiatur pro se fieri, mandare intelligitur: quia hoc dicitur ad eum effectum, ut V. C fideiubenti contra patientem actio quæratur: quo pertinet *l.* 60. *de reg. iur. l.* 18 *mandati*, ubi alius alium sibi obligare intendit, qui per taciturnitatem & patientiam illius decipi non debet, & est hæc fictio non veritas, neq; adeo extra terminos suos trahi debet. Nihil plane obstat *leg.* 12. *de spons.* ubi ratio decidendi pendet à iure Potestatis & pudore Filiæ: & ut iocari liceat, filia non præsumitur repudiare maritum. Plane si consensus quædam signa præcesserint, vel ante de remittendo actum fuerit inter partes, sententia Menoch. admitti potest. Est utique illud nō generale, quod tacens pro consentiente habeatur, arg. *l.* 8. §. 1. *d. procur.* qua de re vide *Dd. & præcipue Salicet. in l. invitus* 17. *C. d. procurat.* ubi distincte tradit, an & quando tacens habeatur pro consentiente.

LIT. C.

Hac lit. ex verbis *l.* 1. §. 3. *h. t.* contrahendi trāsigendique causa, probari putat Treut. quod consensu obligatio naturalis vel civilis constituatur vel tollatur Minus bene I. Quia naturalis obligatio quæ civili opponitur, non recte dicitur constitui contractu II. Quia i[illegible]actione, sive pactis quibus transigitur plerumque de obligatione constituenda, verbi causa dando vel faciendo tractatur. III. Quia inconveniens est, sub transactione comprehendere modos sive pactiones tollendæ obligationis: & IV. Non recte consensum confundit cum conventione, de qua agit ICtus *in dict. leg.* 1. §. 3.

LIT. D.

Conventio cum causa.] Hæc definitio contractus est, in qua differentiam, *causam*, explicat de omni datione & facto quod in aliquem ea lege proficiscitur, ut vicissim aliquid detur aut fiat. Qua explicatione admissa definitio angustior erit definito: quia non competat stipulationi, neque proprie commodato, deposito, pignori, in quibus eadem res restituenda est: sed neque contractibus consensu constantibus, qui citra ullam dationem aut factum perfecti sunt: minime autem omnium pactis legitimis, quæ tamen sub contractibus th. seq. Treut. cōprehendit, quod & exigit oppositio hic proposita pacti nudi. Et sub hac explicatione definitio hæc contractuum innominatorum propria est *argum. leg.* 7. §. 2. *h. tit.* Alia definitio contractus proponitur *in* 19 *de verb. signific.* quod sit ultro citroque obligatio: quam quidem definitionem Gœddeus ibid. invito etiam ICto, qui diserte mutuum & stipulationem opponit contractui, vult esse generalem, & nescio qua contorta explicatione verba, ultro citroque obligatione separat. Plane nisi subiecta obstarent exempla, non absurde dici posset, quosdam contractus statim ab initio utrinque parere obligationem, quosdam ex post facto: velut mandatum, depositum commodatum, pignus, tutela, negotiorum gestio: Quo respectu *Iustin in* §. 1. *I. de obligat. quæ quasi. ex contr.* ex negotiorum gestione ultro citroque ait nasci actiones & *in* §. *eod tit.* ex causa tutelæ mutuas esse actiones. Difficile est differentiam dare communem, quæ omnibus contractibus conveniat,

ueniat, & si eius loco *causa*, poni debeat, & obscura erit definitio, & longe aliter verbum illud explicandum erit, & quacunque tamen adhibita interpretatione difficile ea contractibus consensu constantibus poterit accommodari, & ex hoc fundamento à pactis legitimis vel etiam nudis distingui: quippe quod nihil habere videatur V. C. tantum perfecta emptio, quo à pacto permutationis discernatur: & pactum de vendendo, cum acceptatione alterius coniunctum, ipsa venditio esse videatur. Ulpianus sane *in d. l. 7. h. t.* in nomine vim aliquam ponere videtur: quo facit, *l. 1. § 2. de rer. permut.* non quidem, quod à nomine, re accidentali & externa totum hoc pendere existimauerit, sed quod conuentiones, quæ iure gentium nomen invenerunt, & apud omnes gentes receptæ fuerunt, eius qualitatis sint & conditionis, vt in quacunque Repub. obligationem efficacem & actionem ex ijs nasci, æquum bonum, imo necessarium habitum fuerit. Et sane in illis obligationibus alter alteri sine alterutrius damno obstringitur, quod vel vtrinque aliquid præstetur, vel si tantum ab vna parte, actio ad idem vel aliud petendum concedatur. Accedit quod in contractibus consensu constantibus certa est & finita natura, certæ præstationes, magna eorum necessitas frequentia & vtilitas, propter quas & alias causas apud omnes populos recipi meruerunt.

LIT. E.

Recte hic probat Treut. distinctionem Dd. qua pacta diuidunt in nuda & vestita. Et vt comprehendantur omnia membra, ex mente Dd. dicemus conventionem esse vel nudam vel vestitam: hanc vel à natura sua, & est contractus: vel ex accidenti, quod vel est assistentia legis, & est pactum legitimum: vel cohærentia contractus, & dicitur pactum adiectum.

THESIS II.

In divisionibus hac th. propositis hæc notari possunt. I. Quod re ipsa incidunt in divisionem th. præced. siquidem pacta etiam publica fiunt vel stipulando, vel paciscendo. II. Quod speciei infimæ videlicet pacto quod iurisgent. appellat, applicari potest divisio prima, in publicum & privatum, imò etiam divisio th. præced. cum causa & sine causa: & omnino explicatio versi *iurisgent.* repugnat vsui iuris, & nominatim Ulpiano *in l. 7 h. t.* quem tamen vult videri sequutus, vt patet *ex l. 5 eod.* in qua cum Vlp. priuatam conuentionem distinxisset in legitimam & iurisgentium sub illa *l. 6.* tantum pactiones legitimas in specie dictas, sub hac *l. 7. in princ.* expresse etiam contractus comprehendit. III. Quod iuxta explicationem Treut. subdivisio tradita lit. C. & D. est ipsa thes. præced. proposita divisio. IV. Quod contractus opponit conuentionibus iuris gent. cum tamen perpetuo contractus ad iusgent. referantur reuera etiam ab eo iure totam essentiam habeant, à iure ciuili autem nudam approbationem. Tandem tractatio pactorum publicorum, ab hoc loco videtur paulo remotior, & *in l. 5. h. tit.* obiter tantum eorũ fit mentio.

LIT. A.

In qua l. 12. non opus est] Siue cum Petro Fabr. pro *nihil*, legas, i. l. hanc ellypticam locutionem dicas cum *Cuiac. 24. obseruatur* (& illud tamen violentum, hoc insolens & durum est) dura inde efficitur sententia, captos bello, pace postea facta si reuertantur, non habere ius postliminij quod ratio subiecta suadet, de spe postliminij in virtute bellica potius quam in pace reponenda: & ea tamen non satis concludens; quod nulla videtur maior dari aut considerari posse virtus in eo qui tempore belli reuertitur: quin neque privatus ab hostibus captus virtute bellica se in libertatem vindicare potest: & non tantum qui victis hostibus recuperati, sed etiam qui alias reuersi sunt, iure postliminij vtuntur. *§. si ab hostib. 5. Instit. quib. mod. ius potest solv.* Posit forte hæc ratio considerari, quod inita pace quasi tacite, vt omnia in eodem maneant statu, actum & conventum videtur. Alias sane humanior esset Accurs. explicatio, vt in pace etiam postliminium habeant, de quibus non haberent, expresse cautum non est, quod etiam ib. in fin. pr. proponitur.

Et hoc casu princeps] Hanc sententiam communem testatur *Iason in l. 5. h. t* allegans omnes *in l. fin. C. si contra ius*: quæ non vsque adeo male probatur ex ijs textibus, quibus principem res aliorum in alios transferre posse probari videtur: & potius ratio *Treut. ex l. 1. § 2. de Instit. & iur.* longius petita videtur, quod ibi de distinctione iuris in priuatum & publicum agatur. Ratio ex politicis petenda est: scilicet in bello hinc inde varia inferuntur damna, quæ ipsa constitutione pacis & fœderis, facta ab eo penes quem eius rei ius est, rei missa, eorumque persecutio sublata intelligitur, vt maxime eius re nulla facta mentio sit. Cæterum de officio principis in bello suscipiendo, gerendo & componendo latior disputatio est, quam vt hic tractari debeat.

Pactum etiam principis impunitatem.] Hæc tractatio & quæstio ab hoc loco paulo videtur alienior: tum quia indefinita huiusmodi promissio, vt proponitur in fin. liter. A. vix censenda iure pacti: aut quod pacta publica dicuntur respectu obiecti, non causæ efficientis.

Cuius tamen sententia in iudice.] Parum apta hæc limitatio est de iudice inferiori, cum, quæstio sit formata de principe. Cæterum iudex talis impunitatem promittendo non recte agit, neque probanda cautela hæc, vt eo modo confessio rei eliciatur, cui alias minus tribuendum videtur, quod non tam conscientia, quam promissionis fiducia, vt carcere quam primum liberetur, confessus præsumi potest: quod recte post alios notat *Bocer. 5 de iurisdiction. num. 69.*

Quid vero si detegenti &c. Non tam hoc quærendum, an omnibus seruanda, sed magis an omnibus & sequentibus quoque fides data videatur. Neque aliunde sententiam Treut. defendere possis, quam quod tantum fides data censeatur primo, qui quasi occupaverit: quo facto princeps si opum suum assequutus videatur, qui vt in notitiam sceleris perueniret, impunitatem edixit. Attamen verendum, ne sub fide publica cæteri ita decipiantur, qui iggari alium prænettisse, fidem illam sequuti facinus detegunt: cum præsertim non expresse primo, sed indefinite reuelanti facinus impunitas promissa proponatur. Et possit videri princeps pœnam remisisse pœnitenti, intelligitur autem pœnitentiam agere delicti, qui illud reuelat. Et ergo fo tassis etiam secundo ignoscendum erit, nisi serius cœpta iam & instituta inquisitione accedat: alias non abs re fecerit princeps, si publice reuocet promissam impunitatem.

LIT. B.

Si persona habiles sint] Hoc extra propositum, cum hic agatur de diuisione pacti sumpta ab obiecto, scilicet personæ habiles præsupponendæ sunt, de quibus agitur th. 5.

LIT. C.

Vt pactum in specie.] Iam ante notatum est, male pacta nuda ita referri ad ius gent. vt oppositione, facta ab eo contractus excludantur. Sed minus probanda videtur explicatio phrasis illius *in terminis iuris gent. subsistere*, id est *prodesse ad exceptionem*: vel quia eiusdem iuris sunt exceptiones & actiones, vel quia ex ratione iurisgent. etiam pacta ad actionem prosunt, de quo infra th. 9. vel denique quia hoc ipsum quod ad exceptionem prosunt à iure ciuili pacta habent. Plane cum relatione ad Rempub. aliquam habita, quæ iudicia cõstituit, aliquid in terminis iurisgent. subsistere dicimus, hoc cuiusque conscientiæ & fidei relinqui, intelligere videmur.

Non quoad considerationem originis.] Et ergo Treut. pacta nuda & contractus ab effectu tantum distinguit: quæ differentia ex iure ciuili, sed non sola est ad rationem autem iurisgent. iuxta paulo ante notata, distinctio falsa est, & in eo minus dicit, quod originem contractuum ad ius genitum refert, à quo tamen tota illorum est essentia.

LIT. D.

Contractus & pacta quæ in specie dicuntur legitima.] Et ergo pacti legitimi generaliius in thesi sumpti, duas tantum facit species: sicut eodem modo *tn. 1 lit. E.* pactis nudis tantum opponit contractus & pacta legitima. Atqui est & tertia species pactorum adiectorum, quæ cum ad actionem prosint, nuda dici non possunt: & ea tamen neque legitima neque contractus sunt, licet contractui inesse dicantur: & Tr. pacta de vsuris *in casu Nou. 136, c. 4. l. 11. C. de vsur. l. 30. D. eod.* legitima esse negat, & ea tamen ad actionem prosunt, & vtique contractus non sunt.

Ex iure Cod. leg. 6. de dot. promiss.] Recte Treut, pactum quo promissa dos est, hic refert inter legitima, contra *Connan. 5. Comm. 3.* qui statuit esse conuentionem cum causa, de quo agitur *infra pag. 2. disp. 7. th. 3. lit. G.* Verùm illud male quod *d. l. 6.* hodieque vigere dicens non obscure existimant, etiam post *l. vn. C. de rei vxor. action.* sanctionem *dict. l. 6.* vtilem & necessariam esse, quæ etiam sententia est *Fort. Garcia n. l. 6. h. s. num. 23. & seqq.* vbi contendit stipulationem tantum fingi interuenisse ex parte vxoris ad repetendam dotem. Verum repugnant expresse verba. *d. l. vn. C. de rei vxor. act. §. 1.* vbi ait Iustin. se emendare & inutiles stipulationes, & facere vt inesse credantur: & paulo ante, siue ex parte mariti, siue mulieris, siue ipsæ principales personæ dotes dederint, promiserint vel susceperint, siue aliæ pro his personæ: *& inf. d. §. 1.* nihil prohibet, si sine scriptis dos detur vel promittatur, vel suscipiatur intelligi factam stipulationem ex vtraque parte: verius est ergo, post istam constitutionem nullam amplius vtilitatem & necessitatem esse. *l. 9. C. de dot. promiss.* quod etiam notant *Accurs. Cyn. & Salicet in dict. leg. 6.* neque aliter sentit *Conan. 5. Comm. 3 num. 1.*

Vbi recte remouet pactum compromissorium.] Vtiq; ali

illa pacta legitima dicuntur, ex quibus ad id, quod pacto continetur, actio datur. Arqui *in l. 5 C. de recept. arbitr.* ex qua opinionem suam male exstruit Giphan. agitur quidem de casu, quo sine stipulatione pœnæ in arbitrium pacto nudo consensum est, sed non ex hoc pacto actio datur siue ad cogendam partem vt arbitrum adeat, siue ad cogendum arbitrum, vt ferat sententiam: sed in fauorem actoris ex sententia arbitri aditi sine pœnali stipulatione actio datur: actio nempe in factum, ad exemplum actionis iudicati, & quidem tum demum, vbi sententia ea partium subscriptione, vel silentio decendij fuerit homologata. Nimirũ iniquũ Iustin. videbatur, in proposito casu sentẽtia pro reo lata, locũ esse exceptioni; at actori vincenti nullũ remedium superesse.

l. 35. C. de donat.] Qui scilicet L. Iustin. introduxit actionẽ etiamsi nudũ pactũ donationis interuenerit: Et inanis est argumẽtatio *Bart. in l. 6. h. t.* quod nõ ex pacto, sed propter pactũ nascatur actio: quem recte reprehendit *Garcias ibid. nu. 16.*

Ex iure pretorio constitutum.] Paulo pinguius hoc dictum: quod alias edictum prætoris legis nomine nõ venit: neque Hadrianus, edictis legis vim dedisse videtur: quippe cũ in toto corpore iuris à iure prætorio trahentia ortũ, ita tractẽtur vt ab ijs quæ sunt ex legibus ciuilibus. omnino separẽtur, Cæterũ cur ex cõstituto actio detur. & an illud pactũ an sit contractus nominatus ꝙ putat *Fortun. Garc in l. 6. h. t nu. 43.* agitur *infr. disp. 13. th. 7.* Est autẽ hæc cõfirmatio specialis ad actionẽ, cũ alias in genere pacta cõfirmata sint, *l. 7. §. h. t.*

Hypothecam.] Id est pactum hypothecæ. Sed videamus an non subtiliter & proprie actio hypothecaria ex pacto non nascatur. Etenim actio realis *l. 17. de pign.* ex conuentione simplici secundum rationem iuris nostri (quod præsertim non patitur vt ex conuentione inter alios inita actio in rem contra tertium detur,) nasci non potest. Ita statuendum videtur, pacto nudo constitui pignus siue rem pignori obligari, *l. 1. in prin. de pignor. act.* per hanc obligationem ex edicto prætoris constitui creditori ius in re, quod faciat, vt contra quemcunque possessorem Seruiana actio eaque itidem ex edicto prætoris concedatur. *§. Item Seruiana 7. vbi interpp. Inst. de act.* Argum. est, quod etiam ei qui ex contractu rem pignori accepit, (& ex eo tamen actio realis nasci non potest,) amissa possessione Seruiana datur: quæ quidem competit ei, cui vltima voluntate res pignori obligata est, iuxta *l. 26. de pig. act.* Nimirum quomodocunque res pignori obligata est, Seruiana locum habet: & contractus, pactum nudũ, vltima voluntas, constituendi pignoris modi sunt, sed actionem non producunt hypothecariam, quæ cum ita sunt, commode explicandum est, quod dicitur *in l. 17. §. 2. h. t.* de pignore iure honorario nasci pacto actionem: quia hoc quoq; ex edicto prætoris est, vt pacto nudo efficax obligatio pignoris constituatur, secundum quam quæ ad persequendam rem pignoratam comparata actio est, ex ipso pacto nasci videatur. Reuera autem nihil aliud dicere voluit ICtus quam cũ iure ciuili, nõ nisi traditione pignus constituatur, iure prætorio etiam contrahi nuda conuentione, quod ipsũ proponitur. *in l. 1. in pr. de pig. act.*

Ius iurandum huc referre non placet.] Refert huc tamen *Giph. hic th. 193 & seqq.* non vsque adeo absurde, si quidem conuentionem cui quasi hoc iuramentum innititur, consideres. Reuera tamen ex pacto ea actio non est quod contra quem iuratum est, pro confesso & iudicato habetur *l. 65. de re iudic.* cum præsertim hic non tam noua actio fit, quam aliarum actionum qualitas, de quo agendum infra *disput. 21.*

Nec refero huc pacta de vsuris, &c.] Quatuor scilicet casibus contra regulam, qua non nisi ex stipulatione in stricti iuris iudicijs vsuræ deberi dicuntur, ex pacto de vsuris actio nascitur, si argentarijs promissæ sint. *N. 136. c. 4.* si ex causa fœnoris nautici *l. 5. & 7. de nau. fœnor* si ciuitatibus *l etiam 30. de vsur.* si denique ex causa frumenti vel vini mutuo dati iuxta *l. frumenti 12. Cod. de vsur.* Equidem dici posse videatur, accipiendum esse hoc de pactis in continenti mutuo adiectis *argum. l. 5 de nau. fœnor.* ibi *ad augendam obligationem & arg. l. 7 eod. tit.* vbi proponuntur decem mutuo data. *vti salua naue &c.* Et quod pactum hoc nudum vocatur *in d. l. 30. vsur. & in d. l 12. C. eod.* accipi potest dictum vel ratione primæuæ & originariæ naturæ suæ, vel comparatiue quatenus stipulationi quæ natura sua vestita conuentio est opponitur *argum. d. l. 5 §. 2. de naut. fœnor.* Attamen vereor, vt hæc explicatio satis sit ad mentem dd. LL. præsertim *dict. N. 136. c. 4.* cum præsertim ex ratione iuris regulariter pacto mutuo etiam in continenti super vsuris adiecta, non insint adeoque cum hic pacta statim adiecta propter naturam illius contractus actionem non pariant, sed pro nudis ex ratione iuris habeantur, neque cohærentia contractus vestiantur, quod ex cohærentia contractus non habeant

vt scilicet pariant actionem ex lege habere videntur. Et adeo principium petit quod Conan. ait *comment.3.nu.2.& 3.* ideo hæc pacta actionem parere, quod mutuo inesse intelligantur. Difficulter etiam fingere posis, siue his casibus speciali fauore strictam alias mutui naturam esse quasi dilatatam,& perinde rem haberi, ac si vsuræ, de quibus conuentum est, ipse in summa mutuô data comprehensæ fuissent: siue qualitatem & præstationem vnam bonæ fidei contractuum mutuo esse attributam. Sed omnino tutius hic & expeditius aliquam confirmationem legis agnoscimus cum *Bartol. & Paul. de Castro in d. frumenti 12. C. de vsur. & eodem Barto. in l.6. h. tit. Fortun. Garc. ibidem num.32.* Neque obstabunt, *dict. l.5.& 7. de nau. fœnor.* vel quia quod vno casu singulare est, non est trahendum ad alios, vel quia exinde pacta non statim adiecta, actionem nô parere, nô recte côcluditur quod in simili notât *Castrensis & Bart. in d.l.12. C. de vsur.* quod siue pactû incontinenti, siue ex interuallo adiectum sit, illic præscriptis verbis, hic ex L. sit agendum.

Qua & ipsa quatenus causam habent contractus.] Omnino abutitur hic verbo, *causa*, quam ipse th. 1. lit. E. explicauit de datione & facto: & videtur hoc loco *causam* pro quouis etiam externo vestimento conuentionis accepisse: quod vt non omnino improbo, ita illud non admitto, quod omnem conuentionem ad actionem efficacem côtractus nomine censet: quæ vsurpatio verbi à notissimo iuris vsu abhorret, & ab Vlpiano *in l.5.6. 7. h.t.* sub alteram speciem iurisgent. quam legitimis opponit diserte referuntur contractus. Equidem generali appellatione contractus conuentiones vel pacta legitima appellari possunt: verû ea pacta legitima indigitari solent, quæ specialiter ad actionem confirmata sunt; eiusmodi confirmatio in contractibus non est, sed illi propter naturam & conditionem suam concurrente necessitate & vtilitate, non ex speciali confirmatione, actionem producere intelligûtur. Facit quod secundum sententiam Tr. mutatio facilis & quasi momentanea specie in speciem, pacti in contractum induceretur. Et denique distinctio rei cuiusque sumenda est à natura intrinseca, confirmatio autem legis est merum & putum accidens: & igitur si quidem pactum nudum reuera distincta a contractu species est, vtique sola autoritas legis in aliam speciem illud non transformabit. His consequenter verum non est à priori tantum contractus & pacta legitima differre, quod in his vt actionem pariant, serius sit receptum.

Vt actionem pariant.] particularis hæc pactorum legitimorum est descriptio; quoniam etiam hoc nomine pacta legitima dicûtur, quod obligationem ipso iure tollant *l.5.& 6.& 27.§. pacta.4. h.t.* vbi *Cuiacius & idem in l.6 D. eod.*

THESIS III.

LIT. B.

Quod in supellectile libraria.] Ratio dari potest, quod cum hypotheca tacita videatur generalis *argu. l. pen. in quib. caus. pig. tac.* in hanc non veniunt, quæ vero similiter nemo esset obligaturus *l.6. d. pignor.* de quo agitur *infr. p.2. disp.1. th.4.*

Nos etiam negamus in rebus minoris.] Vera hæc sententia est, sed iniuriam facit Dd. qui eandem sententiâ defendunt, & de hoc, an hypotheca sit legalis, an conuentionalis disputant: quod ostendemus d. loc. quo etiâ pertinet subiecta quæstio, an res illatæ in prædia rustica pignori obligêtur: in qua vulgatâ Dd. sententiâ, quam hic Treut. sequitur, improbamus: quod latiùs exequemur *ad d. th.4. p.2. disp.1.*

Si debitori meo chirographum. Non obstat *l.24. d. probation.* ad quam ex *mente Cyni relati à Bart. & Castren. in l.2. h.t.* breuiter respondendum, quod cancellatio chirographi non pariat exceptionem pacti de non petendo, sed exceptionem solutionis: adeo quidem vt onus probandi imponatur creditori. Cæterum *Dd. in d.l.2.* inter chirographum & pignus redditum hanc differêtiæ rationem tradunt quod illius nulla alia posit esse vtilitas: ex quo efficitur existimare eos, quod pignoris redditio, nec ipsius, nec effortiæ obligationis liberationê inducat, quæ sententia falsa est. Non obstante *l.9 C. de remiss. pign.* quia interest, an quis vltro, an ad aliquê vsum eâ petenti rem pignoratam restituerit. De quo *infra p.2. disp.1. th.9.* Et vero *l.3. h.t.* de obligatione principali loquitur, quæ reddito pignore non tollitur, vt recte olim *Dynus*, quem refert & sequitur *Bald. dict. l.2.§.1.* in chirographo autem ipsa quodammodo obligatio videtur contineri, quod olim sensit Martinus, quem licet in vtramque partem disputans, defendit *Fort Garc. in sæpe dict. l.2.§.1. h.t.*

Si reddidero id.] Affirmat hic Treut. eum cui chirographum, in quo alius simul obligatus erat, redditum fuit, videri in dubio procuratorem constitutum ad exigendum: post *Menoch. loco citato. Iason. in l. Labeo. h.t. colum.1.* si modo persona habilis sit: cæteroquin videri simul cessam & donatam actionem, & ita eum constitutum procurato-

ratorem in rem suam: contra sententiam Guiliel. qui indistincte actionem donatam statuit, quem sequuntur *Bart. in l. 2 h. t. num 5. Fort. Garc. ibid.* §. 1. *num.* 4. sed recte improbat *Bald in l.* 3. *h. t.* adiecta hac ratione quod cessio actionis non possit fieri sine titulo *arg. l. pen. & vltim C. Mand.* Et videamus an non vtraque opinio falsa sit: quoniam redditio chirographi nihil operatur nisi tacitum pactum de non petendo *l.* 2. §. 1. *h. t.* cuius pacti fines longe excedit constitutio hæc procuratoris: & cum tacita pacta consensu præsumpto, quem assistentia legis fouet, nitantur, & lex hic deficit, nec quicquam occurrit, siue ex parte reddentis, siue accipientis, ex quo constitutio hæc procuratoria colligatur. Et vulgo recte dicitur pacta stricti iuris esse, neque adeo aut hinc donatio, hinc susceptio negotij induci & præsumi debet, cum satis sit, si redditio chirographi effectum liberationis in persona accipientis operetur. Et omnino dicimus hunc modum redditionis Chirographi non esse habilem ad producendum effectum vlteriorem ipsi à lege non assignatum, neque maior taciti quam expressi vis esse debet. Neque citra absurditatem tacito pacto inesse dicamus contractum mandati, quem alias propter mutuas præsertim inde nascentes actiones, non nisi expresse constitui constat. Et destruit fere sententiam Dd. limitatio à Treut. quoque tradita: nisi accipiens pauper sit: quoniam hæc plane accidentalis est qualitas, & siquidem ipsa redditio chirographi inducit constitutionem procuratoris, non obstabit paupertas accipientis, cum etiam pauperi recte negotia committi possint. Est & tertia opinio, quod redditione chirographi talis etiam cæteri liberati videantur. Verum obstat & hic ratio iuris quod alterius conuentione, extra casus speciatim exceptos, alteri non quæratur exceptio: & quod exceptio pacti, non possit nisi iis, quorum obligationem dissolutam esse, paciscentis interest, *l.* 21. *vltim. d. pact.* ideoque in casu singulari tantum admitti potest hæc sententia, quo duo eodem chirographo obligati correi debendi & socii fuerint, quod innuit *Castren. ad d. l.* 2. *h. t. nu.* 4. quoniam pactum vnius correi socii alteri prodesse receptum est, de quo agitur infra *p.* 2. *disp.* 27. *th. pen.* Neque iuuat istam opinionem, quod imputari possit creditori, qui legem non dixerit expressius *argum. l.* 39. *h. t.* quoniam creditor nihil egit cum tertio, cui ideo ex redditione illa nulla exceptio vel liberatio acquiri potest. Et ergo simpliciter statuemus, ex redditione chirographi nihil nisi exceptionem, & quidem soli accipienti, oriri & acquiri.

Sin autem plura, &c Et hic quoque contra *Tr. & Fortu. Garc. in l.* 2. §. 1 *h. t. num.* 7. defendemus, si ex pluribus eiusdem debiti chirographis vnum redditum sit, debitori in dubio exceptionem pacti taciti acquisitam intelligi: quia hic militat regula *l.* 3. 6. *h. t.* quod creditor, contra quem ex traditione præsumptio est, sententiam suam non expresserit: & indefinite ICtus pronuntiat *in l.* 2. §. 1. *h. t.* quod ex reddito chirographo tacitum pactum inducatur. Deinde cum omnis actus ita explicari debeat, vt valeat, & aliquid operetur nullus alius redditionis illius effectus, nec ad quicquam aliud chirographum vtile esse potest debitori: qua ratione vsus fuit olim *Guiliel. quem referunt & sequuntur Bald. Bart. & Castren. in dict. l.* 2. §. 1. *h. t.* Et rationem Treut. retorquere licet, quod cum in singulis chirographis insit totum insit etiam in eo quod redditum est, & vt redditio effectum sortiatur, cætera pro inefficacibus habebuntur: qua ratione ita vtitur Menoch. male a Treut. allegat. Neque obstat quod in *l. qui Chirographum* 59. *d. leg.* 3. probatio debiti chirographo dicitur contineri, & ea autem aliis chirographis retentis salua esse videtur, Resp. creditorem præsumi aliquid agere voluisse, neque ideo quædam penes se retinuisse, vt salua esset debiti exactio, sed quod redditio vno chirographo, satis hoc ipso reliqua quasi euacuata intelligebat. Et si ponas in specie *dict. l.* 59. plura chirographa penes creditorem fuisse, (quamuis ibi non debitori sed tertio chirographum legatum videatur) non dubitabo pro debitore respondere, quod testator aliquid agere voluerit: neque enim sufficiens differentiæ ratio est, quod morituri soleant esse liberaliores: quia præsumptio liberalitatis ex ipso facto desumitur. Non obstat etiam *l* 4. *de his quæ in testamento*: vel quia difficilius concludimus mutationem voluntatis supremæ solenniter conditæ: vel quia tum demum similis erit casus, si creditor chirographum vnum deleuisse proponatur: sed fortior præsumptio nascitur ex traditione & acceptione debitoris & ita re gesta inter duos. Et si nuda ratio probandi debiti per chirographum retentum consideretur, etiam in ea specie, vbi originale penes notarium extat, non continget liberatio, quod est contra omnes scribentes *in dict. l.* 2. *h. t.* imo plane constitutio illa iuris in *l.* 2. *h. t.* eludetur,

tur, cum etiam redditio chirographo debitum per testes probari possit.

THESIS IV.

LIT. A.

Respectu materia pacta alia in rem.] Verum hoc non est: quia non ideo in rem vel in personam dicuntur, quod fiant de rebus aut personis, sed potius ratione effectus, quod alia personæ paciscenti tantum prosint, alia vltra personam etiam ad alios porriguntur: idque quæ ipse Tr. subiicit, euincunt.

LIT. B.

In dubia tamen in rem pactum esse.] Videlicet vbi persona adiecta est: quia plerumque id tantum demonstrandi causa fieri ait ICtus *in l.8.§.8.h.t.* pro qua voce, *plerumque*, non recte Treut. substituit, verbum, *interdum*, qua stante, vix defendi poterit, in dubio pactum in rem esse: quoniam si non demonstrandi, sed limitandi causa persona adiecta sit, procul dubio pactum personale erit: id autem in dubio non præsumemus, quod quisq. hæredibus prospicere velle intelligatur: Non obstat *l.57.h.t.* In qua hoc præcipue agit ICtus, vt effectum pacti illius in specie iuncti proponat: quod tamen reuera non mixtam sed in personam esse effectus in ipsa *l.57.h.t.* (distinctio enim hæc pactorum à debitore desumpta est) ostendit.

Confer. l.8.§. vltim. d. perte.] Hic quidem locus nihil ad propositum facit, in quo tractatur quid iuris sit duplici casu, cum vsusfructus iam constitutus à fructuario venditur: & cum à proprietario pleno per venditionem constituitur & à proprietate separatur: illo casu in finiendo vsufructu persona venditoris, hoc emptoris, spectatur, à quo decisio ICti ib. dependet. Cæterum diuersius casus tractatur *in l. 4. de nou.* vbi quodammodo, remedio exceptionis nouatur obligatio, & propter voluntatem meam qua vsus fructus mihi debitus alteri præstitus est, ille, cui vsus fructus præstitus est, pro vsu fructuario habetur, ita vt vbi definiendo vsufructu quæritur, ipsius non mea persona consideretur. Frustra autem contra *d.l.4.* opponitur *l. 66 de iur. do.* quod vsu fructus cedi non possit: quia ea loquitur de vsufructu iam separato & constituto à fructuario & quidem sine domini consensu cedendo: at in *l. 4.* vsus fructus nondum constitutus sed mihi debitus voluntate mea ab ipso proprietario in aliū transfertur. Hinc autem patet errare Tr. dum ait in specie *d. l. 4. de nouat.* mortem contigisse non vero fructuario, sed cuius is fuerat à proprietario delegatus quo mortuo nihilominus penes verū fructuarium maneat vsusfructus. Imo contrario plane aut diuerso modo res se habet: vt in ea specie non proprietarius, sed cui debebatur vsus fructus, proprietariū qui vsum fructum debebat, delegauerit, & eo cui ex delegatione præstitus erat vsus fructus, mortuo, ille ad delegatum recurrat, nō ad creditorē vsus fructus, delegantem, reuertatur: quoniā, vt paulo ante dictū, cui vsus fruct' præstitus est, vicē veri fructuarij sustinet. Species hæc est. Sempronius vsumfructum debebat Titio, hic Sempronium delegauit Mæuio: mortuo Mæuio Sempronius contra Titium petentem vsumfructum exceptione defenditur. Ratio dub. quia cum vsusfructus debitus esset Titio, ex eius persona finiri debebat. Ratio decidendi; quia voluntate Titii vsusfructus in Mæuium translatus est, & cum adeo Titio præmortuo vsusfructus penes Mæuium durasset, nec ab Sempronio reuersus fuisset, merito etiam præmortuo Mæuio hoc commodum Sempronius sentire debet, vt protinus ad ipsum redeat vsusfructus, nec denuo in Titij personam transferatur. Et ergo contra Tr. verum est, fructum non delegatum à proprietario, verum item, quod mors contigerit ei, qui veri vsufructuarij vices obtinet: verum denique morte eius finitum vsum fructum, neque quidquam apud eum cui initio debitus erat manere aut ad eum reuerti. Illud enim omnino tenendum, ibi eum qui vsumfructum initio debebat, non fuisse nudum vsufructuariū: quod alias de morte aut delegantis aut delegatario facta est, frustra quæreretur: sicuti constat, vbi fructuarius nudus alteri ius suum vendidit, ex ipsius venditoris non emptoris persona vsumfructum finiri. Sed hæc parerga sunt.

LIT. D.

Quorum principaliter interest.] aliter loquuntur ICti, iis, videlicet prodesse pactum, quibus vt possit, paciscentis interest: quæ sane inter se diuersæ sunt: & iuxta priorem propositionem, etiā fideiussoris pactum reo prodesse possit.

Si maxime hoc duntaxat vt ne à reo &c.] Male hic allegatur *l. 21 h.t.* cum ipse Tr. ex iure nouo hoc defendat. Et tamen paulo insubtilius dicitur exceptionem prodesse fideiussori, siquidem non vi exceptionis se tuetur fideiussor, sed constitutione Iustiniani, qua concessum ordinis beneficium facto rei adimi non potest. Ex iure veteri scrupulum mouet Accurs. quod cum illo quoque competat exceptio cedendarum actionum, fideiussor, cui actio cedi vtpote pacto elisa non potest.

potest, soluere quoque non teneatur. Qua de causa Dd. quos Zas. sequitur, *l.22.h.t.* obtinere intelligunt, vbi tali pacto fideiussor consensit: quod tamen non est ad mentem ICti qui ex forma & personalitate pacti rationem decidendi desumit. Fortassis non tam spectatur hic ius fideiussoris, quam subtilis ratio iuris, iuxta quam pacta personalia aliis prodesse non possunt: quamuis etiam vtilius aliquando esse possit reo, à fideiussore, quem forte compensatione vel alia exceptione remouere possit, quam à creditore conveniri. Sed & licet nulla fideiussori cedatur actio satis tamen iure communi actionibus aliis ei est consultum. Sed forte quis tentauerit, recte nihilominus à creditore qui ita pactus est, fideiussori actionem cedi posse: actione videlicet quæ inutilis erat in persona creditoris, efficace futura in persona fideiussoris, vti nimirum, sicuti pactum omnino personale fuit, itidem ex eo etiam quæsita exceptio plane personalem habeat effectum.

Speciali ratione excipiuntur.] Subinepta hæc exceptio est: quia cum regula proponatur de pacto fideiussoris, in textibus adductus non de pacto, sed eiusmodi tollendæ obligationis modis tractatur, quibus tota obligatio perimitur, adeoque fieri nequit, quin etiam reus principalis liberetur.

Si hoc speciatim actum sit. Pactum fideiussoris non potest reo *l.23.h.t.* nisi expresse actum sit ne à reo petatur *l.25.§.vltim. & l.seq. h. t.* non quidem ad pacti sed doli exceptionem *d. l. 25.* suadente scilicet hoc ratione & conuentionis æquitate contra quam qui venit, extra dolum esse non videtur: adiuuante etiam ea quam Cuiacius notat, vicinitate & quasi vnitate obligationis. Nugas ita hic agit *Ant. Fab.* qui & dictum *§. vltim.* & simul *l.26.* clamitat esse à Triboniano: cuius rationes nullius sunt momenti. Ait 1. dici *in l.23.* pactum non prodesse reo Ergo neque ad doli exceptionem Resp. nullam esse consequentiam, & quæ aliquam multis huius ipsius tit. locis refutari possit. Ait 2. verba & structuram esse inconcinna. Resp. hoc falsum esse. Malus stili censor est Faber & sensus hic congruus est, conuentum esse, vt nec à fideiussore paciscente petatur, nec quoque à reo.

THESIS V.

LIT. A.

Non recte infantes opponit impuberibus, quorum illi species sunt. In genere autem simpliciter dicemus, eos recte posse pacisci qui iure gentiũ super dando vel faciendo consentire, & se obligare possunt. Ergo excluduntur qui fari non possunt, furiosi, quin nec pupillos maiores infante, eodem modo quo alios, obligari, nec iuri gentiũ satis crediderim conuenire, & tamen nec iure ciuili pactiones pupillorum omnino inutiles sunt.

Quid de pactionibus quas ebrii.) Dictione hic scil. opus inter ebrietatem, quæ habent gradus, pro quorum diuersitate, diuersum ius statuendũ. *Gædd d. cont. stip. cap. 7. conclus. 11. num. 166.* Cæterum Treut. vix obiter hoc attingit, & statim extra scopum ad delicta delabitur: Negat ob ebrietatem pœnam simpliciter mitigandam aut remittendam. Atqui a hoc omnes negant, sed varie distinguũt, breuiter hoc delibemus: omnis actio ex voluntate & proposito existimatur: voluntariam actionem, (quod docent Interpp. *Arist. ad 3. Eth c.1.* duo faciunt, Appetitus & scientia: ex quo duæ species actionum non voluntariarum: per vim & per ignorantiam. Equidem ebrii proprie & vere loquendo nec per vim agunt, nec per ignorantiam: sed, vt docet *Arist d.c.1.3. Eth* ignorantes, quomodo etiam irati aut alias viti . . . At tamen 1. hæc comparatio absolute bona non est: quod facilius licet moderari affectibus, & actiones vitiosæ per se prauæ sunt: bibere per se licitum est, & moribus certe nostris etiam bibere plusculum, & se inuitare largius. 2. ipse Arist. distinguit inter actiones pure voluntarias & mixtas: & est in ebriis aliqua parte, & (vt ita loquar) & voluntas & ignorantia: quod vtrumque debet esse mitigandæ pœnæ. Et plane cum ebrium qua talem consideramus, in eodem dolo respectu delicti commissi quo sobrius, dici non potest.

Huc pertinet elegans distinctio.) Eam vix duobus verbis attingit citato loco Alb. Gen. quæ etiam in iure nostro *l. 42. de V.S. l. 38. § . 2. de adulter.* & alibi traditur: neque bene huc accomodatur, cum iure diuino & gentium ebrietas improbetur; & alia quæstio est de delicto, alia de qualitate & quantitate pœnæ, quam procul dubio ex causa lex ciuilis aggrauare potest. Ead. de causa non bene illud huc refertur de delictis capitalibus faciendis: siquidem ipsam ebrietatem, aut quæuis delicta per eam admissa capitaliter puniri, & durum fuerit & absurdum, sed illud ius ciuile statuere potest, vt ab ebriis commissa non excusentur, sed perinde in eos delinquentes, ac sobrios & forte etiam grauius animaduertatur.

Ita Pittacus temulentos duplici pœna. Non ideo hoc statuit, quod ebrium delinquere grauius aut pœnam istam duplicem delicto proportionatam existimaret: sed vt metu pœnæ ciues a vino & ebrietate, quæ causam delinquendi præbebat, absterreret: quod ipse locus *Arist. 2. polit. 10. in fin.* ostendit διὰ γὰρ τὸ πλείους ὑβρίζειν μεθύοντας ἢ νήφοντας, οὐ πρὸς τὴν συγγνώμην ἀπέβλεψεν ὅτι δεῖ μεθύουσιν ἔχειν μᾶλλον, ἀλλὰ πρὸς τὸ συμφέρον.

Septemtrionalibus populis.] Vitium hoc istis quasi proprium imputare videtur, cuius rei causam cum *Bodino in meth. histor. cap. 5.* naturæ regionis aerisque acceptum ferre liceat: Attamen omnes fere gentes hanc insaniuisse insaniam, in procliui est ostendere. Et iudæos sanctam gentem in conviviis vsque ad ebrietatem potasse, Evangelica historia testatur. De Medis *Xenoph. lib. 1. inst. Cyri.* apud quem Cyrus ad Astiag. regem Medorum, pincernam convivis venenum infudisse ait, quod illos nec animo nec corpore constare videret, nec infrequens hoc fuisse colligas ex responso Astiagis, qui admirabundus, ergo, inquit, fili, pater tuus non inebriatur. Persas idem Xenophon libr. 8. institut. Cyri. eo vsque potare ait donec efferantur, cum ipsi ire nequeant: & eosdem ebrios de rebus maximis consultasse scribit *Herodot. libro 1.* & idem *libro 4.* Parthis testimonium bibacitatis præbet & *Plinius. libr. 15. natural histor. cap. 22.* gloriam, inquit, hac virtute Parthi quærunt. De Indis *Curtius lib. 8.* a fœminis, inquit, vina ministrantur, quibus omnibus Indis largus est vsus. De Colchis & liberis extremæ Asiæ populis *Busbequius epist. 3. de reb. Turcic.* vbi meminit certaminis in quo magnis poculis de bibendi gloria fuerit certatum: & paulo post, non parce, inquit, vina ministrantur, quæ vt quisque largissime hauserit, ita gratior hospes habetur. Apud Caunios laudatissimum fuisse testatur *Herodot. lib. 1.* vt iuuenes & feminæ potandi gratia convenirent. De Illyriis, quod largiter hauserint vinum, testis est *Athenæus lib. 10.* vbi multas etiam alias Asiæ & Europæ gentes multibibas & merobibas commemorat: sicut & apud *Platon. 1. de legib.* Laco attestatur quod Persæ, Scythæ, Thraces, Celtæ, Carthaginenses & Hispani potationibus indulserint. Et de Africanis, quam huic vitio dediti fuerint, videre licet ex *Augustin. epist. 48. in f. & sermon. 231. de tempor.* vitium ebrietatis ita per vniversum mundum in consuetudinem missum esse affirmat, vt non putetur esse peccatum, vt in conviviis irrideantur, qui minus bibere possint, & homines adiurentur, vt amplius bibant, quam oportet: & paulo post vsque ad vomitum ingurgitare se non erubescant, & ad mensuras sine mensura bibere: maiora pocula prouideotur, certe bibendi lege contenditur: & sermon. sequentib. voces refert quorundam: erubescite quod non potestis bibere quantum nos: vbi & potandi hanc antiquam consuetudinem appellat: sicut & illo tempore pro salute aliorum bibi solitum, luculentus testis est *Ambros. in libro de Helia & Ieiun. capitu. 17 bibamus*, inquiunt, pro salute Imperatorum, pro salute exercituum, pro Comitum virtute, pro filiorum sanitate. Græcos passim inebriari solitos testis est *Plato 1. de Leg.* qui etiam *libro 2. de republica* refert sententiam Musæi Deos iustis hoc præmium post mortem tribuere vt cum sanctis coronati accumbant, perpetua læti ebrietate. Neque in conviviis virorum doctorum & Sapientum poculis fuisse parcitum, ex convivio Zenophon. colligere licet & ex Sympoſio Platon. vbi conuiuæ ex compacto hanc legem statuunt, vt quoniam capita hesterno mero grauia haberent, non ad ebrietatem, sed ad hilaritatem bibatur & honestam voluptatem neque cuique bibendi necessitas imponatur. De Romanorum potationibus pleni sunt Authorum libri, & frequentes ea de re apud Senecam querelæ præsertim *Epistola 60. 84. & 123.* & de tempore Augusti *Macrob. 3. satur. c. 17.* vbi plerosque ex plebe Romana vino madidos in comitium venisse ait, & ebrios de Reipub salute consultasse: Quoque & superiori seculo Lucilii factitatum *idem cap. 6. tradit.* Et bibendi illa ratio leges suas habuit, quas insanas appellat *Horat. lib. 2. serm.* Siccat in æquales calices conuiua solutus Legibus insanis, quas leges recenset *Plin. lib. 2. nat. hist. c. 22.* Tot quari, inquit, rara gloria, quando & hæc ars suis legibus constat) non labasse sermone, nec leuatum vomitione, plurimum hausisse vno potu, optima fide non respirasse in hauriendo (quo respexit *Ambros. in dicto c. 17.* respirasse flagitium habetur nihil ad elidendum in pauimento sonum ex vino reliquisse, diligenti scito aduersus bibendi fallacias. Quod postremũ ideo cautum fuisse probabile est, vt ne sub eo prætextu pocula non plene educerentur, quod alias solenne erat priscis, aliquid residui pauimento illidere, iuxta illud Horatii.

Absu-

Absum ut heres tua ura dignior.
Seruata centum clauibus & mero
Tinget pauimentum superbo.
Idque dicebatur cottabum facere, de quo plura doctissimus Casaubon ad Atti.lib.15.

LIT. B.

Hic agitur de obligatione pupilli. Vbi 1. in eo offendere videtur, quod cum pupillum locupletiorem factum ex edicto Pii ciuiliter obligari concedat, & quæstio procul dubio secundum illud ius quod tempore istius Imp. & post obtinuit, tractanda sit: ipse tamen Treut. statim hoc casu pupillum tantum obligari naturaliter affirmat: ni si Tr. ad rationem naturæ & originis istius obligationis respexit, quæ etiam naturalis dicitur *in l.1. in prin. d. ant. tut.* vt proinde actio illa ex edicto Pii magis datiua quam natiua esse videatur. De re ipsa quod multi multa dixerunt, paucis ita statuimus. Dd. distinctionem esse mancam: quoniam infans plane ab hac quæstione remouendus est: itidem distinctionem Cujacii quem sequuntur *Vult.1. disc. schol.16. Gædd. contr. stip. concl. 12. c.7. num. 239.* Etenim pupillum locupletiorem factum & ex dolo suo obligari verum est *l.1. §. an in pup depos. l.2. de fideiuss. arg l. 211. de R. I.* Sed etiam extra hos casus naturaliter obligari etiam verum est, per *l.1 d. nouat.* (Etenim ratione effectus obligatio nulla dicitur *in §.3. l. quib. mod. toll. oblig.*) *l.21. ad L. Falc. l.25. §.1. quando dies leg. ced.* vbi & violenta Cuj. emendatio, licet eam probet Vult. & dura Gædd. responsio, intelligit obligationem non quæ est, sed quæ pupillo locupletiori facto naturalis esse potuisset. Nec melius idem respondet ad *l.127. de V. O.* quod ibi stipulatio alteri obligationi accesserit: etenim ibi de obligatione ex stipulatu quæritur, & contra pupillum nullam esse petitionem, fideiussorem tamen obligari affirmatur. Aliorum distinctiones indignæ sunt refutatione veluti inter ius naturæ & gentium, obligari naturaliter & iure naturæ, quam tamen probat *A. Fab. ad l.28. de pact. & 8. coniect. 5.* vbi in ea tanquam invento suo falso gloriatur. Nimirum sæpe de obligationibus, non quatenus in natura sua se habent, sed quatenus à iure ciuili, penes quod eius rei est potestas, sunt conformatæ, disputatur: ita vt obligatio quæ reuera subest, respectu effectuum iure ciuili ei ademtorum, & quia ius ciuile eam infirmauit, subesse negetur. Mulier intercedendo naturaliter obligatur, & tamen solutum repetit *l. 40. de cond. ind.* quia SCtum obligationem infirmat *l.9. C. ad SC Vell. l.16 inf. D. eod.* Si seruus compromittat, si intercedat, nec de peculio in dominum actio datur: quia vt recte *Cui.8 obs.11.* naturalem obligationem, quæ subesse videbatur, illis casibus Sabiniani non agnouerunt. Iam vt hæc ad pupillum accommodemus, eius quidem consensus fragilis & infirmus est, attamen si præsertim propius pubertati sit, ita comparatus, vt ex eo naturalis obligatio, quæ eius adæquatus effectus est, possit enasci. Verum quod fauore pupilli obligatio ista infirmata est ademtis effectibus, qui alias naturalem obligationem consequuntur, fit, vt pro non obligato pupillus habeatur: hoc respectu natura debere negatur *in l. 41. de condict. indeb. & in l.59. d. oblig. & act.* quæ eo pertinet, vt si pupillus mutuam pecuniam male consumserit vel perdiderit, nec compensandi nec solutum retinendi ius creditor habeat: quod alias si effectum bene collocatæ pecuniæ respexisset ICtus, falso ita respondisset. Hoc autem cum solius pupilli fauore ita constitutum sit, euenit vt si de tertio agetur, cui iura consultum non volunt, hactenus quasi pro obligato pupillus habeatur, vt v.c. accessoria obligatio, quæ sine principali aliqua esse non potest, sustineatur adeoque qui pro pupillo sine tutoris auctoritate v.c. promittente, fideiubet, constituit, novat efficaciter adstringatur: quoniam etiam naturalis obligatio has accessiones admittit. Hæc pro ratione instituti nostri satis cætera apud *Cuiac. Vult. Gædd. Donell.* & alios videantur.

LIT. C.

De minori in specie dicto curatorem habente, controversia est non minor. Dd. vulgo obligari ciuiliter negant *per l.3. C. de restitut. in int.* ad quã duplex est responsio. Prima Vulteii, quam probat Treut. Cui obst. 1. quod ex ea fere efficeretur minorem eum curatore contrahentem non restitui. 2. quia posito vno tantum casu frigida erit in illo textu & loquacitas & tautalogia, contra morem Impp. rescribentium. quorsum enim illa ieiuna repetitio, de minore sine curatore constituto; cum statim de modo non seruandi contractum respondere potuissent & debuissent 3. dura est explicatio vocis, VERO pro IGITVR; neque vnius loci & eius tamen dubij, vsurpatio temere in exemplum trahi debet: Lego apud *Prisc. lib. 18.* coniunctiones, *vero, autem,* sumi pro completiuis aliquando & confirmatiuis, sed pro causalibus sumi, non reperio. 4. obstat vel maxime comparatio prodigi; quæ admissa explicatione

Vult.plane nihil concluderet: & vero præsupposito minorem tantum restitutione iuuari, comparatio nulla & proportio esset, quod contractus iure validus non semper, sed causa demum cognita, nec adeo facile rescinditur. Et comparatio scil. in eo est, quod ipsa datione curatoris intelligitur minori non quidem, vt prodigo, interdicta, sed tamen adempta administratio. Atquin, inquit, Vult.Impp. de vno casu consulti, inepte de duobus respondissent. Verum non est nouum vt Impp.suppleant defectum consulentium, & distinguendo respondeant plenius, *vt in l.8. C.de impub.subst.l.3. C.de hered. inst.* & aliis sententiis. Altera responsio est Cuiacij, de obligatione simul & alienatione coniunctim *dict.l.3.* accipiendam. Et sane probabile est Impp. non de nudo venditionis contractu, sed magis de eo per traditionem consummato fuisse consultos eoque scil. commodo refertur prodigi & minoris comparatio, qui pariter in alienandis rebus nihil possunt. Verum obstat & hic, 1 quod cum verba, *rem vendidisti, contractum fecisti*, secundum eosdem terminos omnino sint accipienda, ex Cui. explicatione efficietur, quod minor curatorem non habens, res suas ipso iure firmiter alienare possit, contra *tt.C de præd.min nisi dict.l.3.* ad res mobiles restringendam quis putet, quomodo eam accipiunt Dd. relati *à Fachin. 3.contr. 1.* II. quod obligationis ciuilis effectus est in producenda actione, qua, si minor recte conuenitur, etiam recte exigi & porro recte etiam alienare poterit: neque vero contrahentes nudam obligationem sed factum & dationem respiciunt: quæ, si a minore profecta ipso iure nulla est, vix ipso iure ciuili subsistit alienatio. Ex quo facile illa quam certissimum principiũ iuris Vult. appellat, ratio, quod obligatio ipsa cum re nihil habeat comercij: diluitur. Et vero eo ipso quod curator minori datur, tacite quasi omnes moniti videntur, vt curatoris consensu cum minore agant: & alias assiduis implorationibus in integrũ restitutionis, tribunal prætoris personaret. Sed contra Dd. pro Cuiacio hæc faciunt. 1. quod ex *§.1. l de curat.* minores inuiti accipiũt curatores: quæ diuersitas a pupillis, eorum personam per se habilem ad agendum & contrahendũ esse, satis arguit: nisi dicas, datione curatoris habilitatem illam tolli: aut, in *d.l.§.1.* præcisam saltem excludi & omnimodam necessitatem: aliquam enim satis arguit *l.1.2.& 3.de minor.* vbi raro decretis Impp. minoribus dicitur permitti administratio. 2. quod vtique iure veteri cum ex L.Lætoria non nisi propter lasciuiam aut dementiam curatores darẽtur, teste *Capitolino in Marc.Anto.* consequitur personam minorum ex se habilem fuisse: neque eo quod Imp.Marcus constituit vt omnes adulti curatores acciperent, vt scribit Capitolinus d.loc. ea inhabilis facta videri debet: & tamen retorqueri hæc ratio possit quod d.sanctione omnium minorũ conditio, quod ius administrandi & se obligandi, ad instar eorum, qui antea aut lasciui aut dementes erant, fuisse redacta videatur. 3. facit pro Cuiac. *l.obligari 43. de O.& act.* qui locus difficulter potest de minore curatorem non habente explicari: vel quia simpliciter loquitur, vel quia in dubio & regulariter adulti habent curatores *l.1. infr. de minor.* vel quia ibi simpliciter agitur de personis, quæ ratione potestatis ætatis vel libertatis obligantur: vel denique quia pupillus quam qualitate tutoris simpliciter opponitur minori, *fac. vltim.§.2.de V.O.* Nisi *in dict.l.43.* verba, *sua potestatu*, speciali sensu explices de eo, qui nec in potestate est administratoria: quod alias frustra adiecta essent, cum omnis paterfa. sui sit iuris: quomodo ipse *Cuiac.in Paulo ad dict.l.43.* illa verba explicat; & ita quoque in *l.2.§.1. de pollicitat.* verba, *sui iuris*, accipienda videntur. Denique pro Cuiacio facit vel maxime *l.10.1. de V.O.* in qua omnino male & contorte, verbum *suu*, ad creditores refertur: male ea cum Dd. vulgo de minoribus non habentibus curatorem accipitur; vel ideo quod, iuxta *d.l.1.§ vlt. de minor.* regulare & ordinarium est, vt minoribus dentur curatores. Rectius eum locum explicat *Robert.1. anim. 12.* Nimirum cum stipulatio plerumque actui & obligationi recte constitutæ accedat, quam plurimis casibus fieri potest, vt minor citra vllum incommodum aut periculum suum stipulanti promittat: Cæterum vt minor res illas ipsas quæ sub administratione sunt curatoris, præcipue res immobiles, deducat in obligationem, & super iis contrahat, nullo modo ei permissum videtur: ideoque hoc casu ipso iure obligationem quoque nullam esse cũ Dd. vulgo defendemus.

Non poterit minor sine auth.curatoris.) Liquidissimi hoc iuris est, quin nulla ratio dubitandi, & nullus hic dissentiẽs: adeo quidem vt non dubitem idem statuere in rebus quæ seruando seruari non possunt. Verum autores allegati loquuntur de minore curatorem non habente: qui clam quidẽ indistincte res mobiles, hodie non nisi le-

vio-

vioris momenti poterit alienare per *l. 21. C. de admin. tut.* Neque enim plus hic iuris habere poterit minor quam curator.

Ne quidem ob vtilitatē pupilli.) Dicere debebat, *minoris*. Res ita se habet, vt vtilitas minoris efficere non possit, vt alienatio, quippe definiente solennitate ipso iure valeat: attamen id verum est, si vtilitas evidens inde accesserit minori, & contractum seruari eius intersit, pars altera contra eam venire non possit, & minori permissum sit illam solemnitatem invito altero supplere: quod bene obseruauit *Simonc. citata inspect. 17. num. 130.* vbi ait, hanc quæstionem esse elusoriā. Et ita constat iudicium ipso iure nullum fauore minoris sustiueri *l. 14. C. de procurat.*

LIT. D.

Quibus bonis à magistratu interdictum est.) Ergo opus est decreto, vt quis prodigus habeatur, *fact. l. hi, qui 12. infr de tut. & cur. §. 2. l quib. non est perm. fac. testam. Castr. & Dd. comm in l. 6 de V. O.* Et hic equidem & rei ipsius veritate citra interdictionem prodigus esse potest: politice & iuridice, ad effectū, vt nihil ipse agere & contrahere, nec cū eo contrahi ab alio queat, non potest: quia an quis prodig⁹ sit, æstimatur ex circūstantiis, (quod principia Ethica docent) super quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet: (neque enim hoc facere potest Lex) nec quisquam nisi prius constituto procuratore prodigus haberi potest, sicut etiam nemo nisi interdicto præcedente curam suscipiat, aut suscipere, & in hominem sui iuris potestatem sibi vsurpare possit. Et abutuntur contrariæ sententiæ autores *l. 8. in prin. de curat. fur.* quæ commodissime explicatur ex *§. 3. I. de curat.* vbi ait Iustin. quod prodigi ex L. XII. Tab. (an ex verbis an ex mente L. alibi videbimus) sint in cura agnatorum. Et vero hoc tantum est ex L. XII. Tab. quis autem prodigus sit primum à magistratu declarandum & decernendum est, quo facta potestate L. cura ad agnatos transfertur: quod bene insinuat Hor. 2. serm 3.

Huic inter dicto omne adimat Ius.
Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

Idque suadet oppositio *in d. l. 1. vers. sed hodie:* quod hodie ipsi magistratus dent curatores. Vnicum obstat, quod *in d. l 1. de cur. fur.* cura dicitur finiri ipso iure, si prodigus sanos mores receperit. Responderi solet facilius quodque ad suam naturam redire. Sed replicatur, non minus in facto versari, an quis prodigus esse desierit, sanosque receperit mores, cum etiam ex sententia Ethicorum facilius vitia contrahantur, quam contracta deponātur. Dicam, sicut in simili materia compensationis non excluditur factum hominis: ita in d. l. 1. verbis, *Ipso iure*, (quæ alias multiplicem habent significationem) non excludi factum magistratus: sed hoc velle ICtum, quod sicut Lex iubet, vt prodigus sit in cura, ita quoque eandem velle, vt moribus mutatis cura liberetur. Et si consideres in idea vt vere non amplius prodigum, reuera quasi in idea à cura liberatus videatur. Et forte illis verbis curam eam extraordinariam, minorum curæ opponere voluit ICtus: quod huic certus & constans terminus, illi recepta sanitas morum finem imponat: accedente nimirum cognitione & declaratione magistratus: quod vtique curatoris non sit de moribus mutatis iudicare, aut prodigo mutatos eos adfirmanti fidem habere adeoq; suo arbitrio quasi curam sibi à magistratu commissam deserere. Plane si notoria sit & liquida mutatio morum, poterit fortasse curator esse excusatus: sicut etiam ex aduerso admiserim, si quis ita, vt omnibus prodigus habeatur, res suas disperdat, eum qui cum tali etiam ante inter dictionem contrahat, intelligi esse in mala fide. *arg l. 8. pro empt.* eoque agentem exceptione repelli posse quod firmatur ex, *lares tutores 55. §. vltim. infr. de administ. tut. V.* de hac quæst. post alios latissime *Goedd. d. contr. stip. concl. 10. c. 7. num. 134 & seqq Ias. in addit ad Port. I. de curat.*

Idem quod de impuberibus statuo) Comparantur hi *in l. 9. §. 7. de reb cred.* quod vterque solus conditionem suam meliorem facere potest. Sed ex ipsis a Treur. adductis textibus *in l 6. de V. O. l. 40. de R. Iur.* diversitas colligi videtur. 1. quod comparatur furioso, vt videri possit nec quidem autore curatore promittere posse. Verum potius illa comparatio secundum quid accipienda est. 2. quod pro prodigo non potest intervenire fideiussor *dict. lib. 6. de V. O.* quod secus in pupillo. *l. 127. eod.* & tamen hac ipsa in re pupillus & prodigus coniunguntur in *lib. 25. de fideiussor.* de quo difficili loco agitur *inf. p. 2. disputat. 29.* Illud breviter dicimus, eo tantum videri respexisse ICtum in *l. 6. de V. O.* quod prodigus & furiosus naturaliter cum non obligentur, nihil etiā sit cui accedat fideiussio: quod pertinet ad rationem iuris: sed in *l. 25 de fideiuss.* respici ipsum & nudum fideiubendi factum, ita appellatum intuitu promissionis, quæ de facto licet citra vllum

effectum iuris pro & praecessit: quam consideratiionem si detrahas, qui fideiussor dicitur, tanquã reus principalis conveniri videtur, qui sibi imputare debet quod cum sciret prodigum vel furiosum aliquid pro iis promisit. Coniungitur autem cum illis *in dict. l. 1. §. 5.* pupillus, eo tantum respectu, quod contra cum etiam fideiussor regressum non habet: Vulgata explicatio, de furioso & prodigo ex re ipsa obligato, ideo vitiosa est, quod his casibus recte hi obligantur etiam civiliter *l. 46. de O. & A.* adeoque hic recte & vere intervenit fideiussor. v. etiam de obligatione prodigi *Gadd. de contr. 10. c. 7 sub pr.*

THESIS VI.

LIT. A.

Vxoris pactum marito factum.) Id est, vxor cum marito contrahere potest, nisi negotium cadat in speciem donationis, & est alias minus commoda phrasis, vxoris pactum marito factum. Est & idem paulo alienius, quod eadem ratione, de pactis & conuentionibus, inter curatores & minores, &c. inter magistratum & subditos tractare potuisset.

Valere qua vxor renuntiat.) Renuntiatio haec portionis debitae ex lege omnino incidere videtur in speciem donationis, eamque adeo non valere contra Tr. defendemus.

LIT. B.

Extraneo factum ab vxore siue sola.) Multa hic peccat Tr. 1. quod hic extra rem multa de intercessionibus foeminarum tractat, 2. quod oppositio haec, siue sola siue cum marito, continet insufficientem enumerationem: quia adiuncto etiam alio non marito, cum extraneo contrahere potest 3. in pr. exegesis *nam alias vteretur, &c.* nulla cum eo, quod in th. proponitur connexio est: ideoq; videtur hoc pertinere ad illud quod in th. sequitur, oportere in vtilitatẽ mulieris versũ esse. et sic tamẽ 4. falsa efficietur sententia: quia constat mulierẽ extraneo donare posse, eãq; solo & vnico intercessionis casu defendi. et consequẽter necessum est 5. vt contra quam in th. proponitur, vterque ille casus, *si inutilitatem &c. vel si vxor cum marito &c.* accommodetur ad posterius tantum membrum, quo vxor cum marito contraxit. Et ita 6 mala erit inter eos casus oppositio. quoniam vbi mulier alium sibi obligat, in vtilitatem eius aliquid verti intelligitur. Et tandem 7. male se habent verba in th. *tum demum:* quae hanc efficiunt sententiam, quasi difficilius cum extraneo, quam cum marito vxor contrahere, quod contra se habet. Omnimoda ratio probandi, vel improbandi pactiones mulierum non inde, quod mulier sola est vel non est, sed ex natura ipsius conuentionis & obligationis, quod intercessionem sapiat vel non, desumenda est.

Quod multò magis de iure Saxon.) Rationem cur vxor iure Saxon. nihil sine consensu mariti alienare possit, hanc reddit: quod coniuges illo iure bona possideant pro indiuiso. Quae ratio si bona est sequetur 1 itidem maritum sine consensu uxoris, nihil posse alienare: quia duorum sociorum invicem pro indiviso res possidentium, idem ius est & potestas. 2. socium sine consensu socii vniversorum bonorum nihil alienare posse. Vtrumque hoc cum falsum sit, ratio illa vera esse non potest: sed illa potius quod omnia bona vxoria in dotem dari videantur, aut vtique maritus cum iure vsus fructus legitimus eorum sit administrator. Et si qua cõmunio dicitur, ea vel communem vsum, vel eo respicit, vt verbi causa bona constante matrimonio acquisita, vel aequaliter vel pro certis portionibus communicata intelligantur: & hoc ipsum tamen non eo modo, quo alias inter socios bona communia sunt, sed ad eum tantum effectum, vt praemortuo marito pars illa ad vxorem proprietario iure pertineat; Et secundum haec proprie loquendo verum non erit, quod ait Treut. iure Saxon. bona coniugum inuicem pro indiuiso possideri: quia vxor nec possessionem, nec proprietatem nec vsumfructum vlla parte in bonis mariti habet.

LIT. D.

Deportatus ex sua persona.) Parum bene haec connectuntur cum praeced. & obscurius proponuntur: siquidem ex alleg. *leg. 17. de poen.* hoc Tr. velle apparet, quod deportatus retinens quippe ea quae iurisgentium sunt, recte contrahere possit. Addendum tamen erat, quod ex ratione iuris administratorio tantum nomine non libere contrahere possit: qu a post quaesita non quidem statim occupat fiscus. Sed tamen in iis deportato mortuo succedit *l. 22. §. 5. mandati l. de interdict. & releg. l. 2. C. d. bon. proscript.* hodie bona proximis cognatis deferuntur *N. 17. c. 12. N. 134 c. vlt.* Illud plane extra rem, quod iterum hic movet controuersiam *ex l. 5. extra ord. cognit.* an deportatus amittat libertatem: in qua male sequitur Vulteium, vt notatum sup. *disp. 3. th. 5. lit. E.*

Seruus non item.) Et hoc obscure dicitur: quod ser-

seruus ex sua persona pacisci non possit: siquidem seruum naturaliter obligari constat *l. 14. de O. & A.* Sed scilicet Treut. hoc intelligit, quod cum iure ciuili seruus pro mortuo sit, ex persona domini contractus eius quasi confirmentur, & ipse nihil in suam personam acquirere possit. Sed illud longe obscurius, quod in exegesi quasi limitationis causa tradit: hoc intelligendum, quoties pactum legitimum proponitur, vel nudum de non petendo: quæ si coniungantur cum eo, quod in th. de seruo ex sua persona non paciscente dicuntur, nec pes nec caput apparet: nec minus qua ratione pactum legitimum cum nudo coniungat, diuinare difficile est: cum præsertim exceptio doli, vbi pactum legitimum factum est, quod ipso iure actionem & obligationem tollit *l. 5 & 6. h. t.* nulla esse possit. Sed tanti non est Tr. vt in eius mente inquirenda prolixius sit laborandum. Illud postremis verbis dicere velle videtur, etiamsi seruus in personam suam pactum conceperit, inde tamen exceptionem doli domino adquiri: ex quo apparet, eum verbis illis *ex persona sua*, plane ὁμωνύμως esse vsũ. Rænardus allegatus pertinet ad remotius de deportato, ad explicationẽ *l. 5. d. extraord. cognit.*

LIT. E.

Quia reipub. interest.] Aliam reddit rationem ICtus *in l. 38. §. 17. de V. O.* quin ideo introductæ sint obligationes, vt quisque adquirat quod sua interest. Et ex illa ratione Treut. sequeretur, tum, offendi rempub. si quis alterius ageret procuratorem: tum, in casibus exceptis à regula veniri contra interesse reipub. cum tamen eas exceptiones suaserit æquitas. Nec mala est ratio quam ex Dd. adfert *Zas. in l. 1. §. per procur. 20. d. adq. poss.* quod v. c. stipulari sit actus ciuilis, qui non subsistat nisi in persona nostra stipulantium radicetur *argum. l. quæcunq; 11. d. O. & A.* cum ex ratione iuris obligatione afficiunt ipsas contrahentium personas: sed possessionis traditio sit actus naturalis, per quem adeo nobis ministerio alterius possessio quæratur. *d. §. 20. & §. 5. I. per quas pers. nob. acq.*

LIT. F.

Nisi pater filio vt hæredi paciscatur.] Apparet ex subiectis *scil. super ea obligatione*, &c. intelligi pactum nudum, de non petendo: & tamen præced. de vxore, de deportato, generalia sunt: Deinde etiam si paciscitur pater filio non vt hæredi, pactum filio prodesse ad doli exceptionem, probat *l. 21. § 2. inf. h. t.* neque enim ferendum est, quod *A. Fab. ibid. & pag. 2. d. rer. pragm. dec. 33. conf. 6.* pro Doli, legit Soli, propter *l. 1. 7. §. 4. eod* quæ vulgo ad exceptionem pacti restringitur. Sed quia quod vnicum vrget Fab. in effectu nihil interest, an pacti, an doli exceptio prosit, distinguam potius an paciscatur pater super obligatione à se contracti, ex qua non poterat filius nisi vt hæres conueniri, de quo *in l. 17. §. 4.* an super obligatione à filio contracta; ex qua pater de peculio, filius actione directa poterat conueniri iuxta *l. si quis 44. d. pecul.* vt hic scil. propter vnitatem obligationis pactum patris ad doli exceptionem filio prosit: quem casum *in d. l. 21. §. 2. h. t.* proponi ipsa series tractationis arguit. Hæc duo sunt, quæ hic in Treut. desiderari poterant. Est & tertium, quod in hoc casu, quando pater filio vt hæredi paciscitur, nulla exceptio à regula contineri videtur: quia hæres repræsentat personam defuncti, & hic obligatio siue ius excipiendi ex ipsius defuncti persona statum capit, & inde in filium hæredem transmittitur; illud autem est alteri pacisci, ei exceptionem rectè, non à nobis transmissam adquiri. Vtique ipse Treut. statim hoc in genere obtinere scribit, vt vni ex futuris hæredibus consuli possit, & vel ideo malè in th. hoc tanquam in patre & filio speciale proponit.

In iis sc. quæ facti sunt.] Intricata hæc, & ob textus in speciem pugnantes inuoluta tractatio est: an & quatenus vni ex hæredibus consuli possit. Distinguendum est primo, an agatur de obligatione vni ex hæredibus acquirenda, an liberatione & exceptione. In priori membro subdistinguitur inter obligationes dandi & faciendi ex *l. continuus 137. §. vlt. de V. O.* Illa non potest vni hæredum in solidum acquiri: tum quia L. XII. Tab. ipso iure obligationem pro partibus diuidit: quia, cum vnus ex hæredibus non nisi pro parte sua defunctum repræsentet, vltra eam pro extraneo habetur, quæ etiam notant. *Castren & Zasius in l. quanus 33. h. t.* Aliud est in obligationib. faciendi, non quod, vt Zasius putat, vni tantum factum illud vtile esse possit, sed potius, quia nihil hic fit contra L. XII. Tab. quæ obligationes faciendi, vtpote indiuiduas, non diuidit, sed illæ in singulos hæredes in solidum descendunt *l. 1. §. 2. l. 4. § 1. l. 72. in pr. de V. O.* Quod ad alterum membrum attinet vni hæredum exceptio acquiri potest, *l. 33. h. t.* In quo nihil fit contra L. XII. Tab. obligatione nihilominus in hæredes singulos diuisa, vt tamen ille qui pacto comprehensus exceptione defendatur. Cui obijcitur. *l. eum qui 59. §. 4 d. V. O.* ad quam male respondent Accurs. &

& vulgo Dd quod ibi agatur de obligando: quoniam *inf. d.* §. 1. exceptionem pacti taciti cæteris cohæredib⁹ profuturam negatur: quod animaduertit *Zas. in d. l. 33.* Sed aliud quod respondeat non habet, neq; expedit nodum distinctio quam post Cuiac. affert hic Tr. interea quæ facti & iuris sunt: tum quia etiam *in d. l. 56.* exceptio pacti negatur: tum quia longe diuersa significatione pacta facti esse & obligationes faciendi dicuntur Ideoque *A. Gab in d. l. 33.* ideo in specie *l. 56.* non dari exceptionem pacti ait, non quoque defunctus hæredibus cæteris pacisci non potuerit, sed quia illa voluntas contrahentium, ex qua pacta æstimentur, non fuerit, neque appareat, quod defunctus tantum Titium onerare, cæteris prospicere voluerit: idque esse videtur, quod in secunda responsione diuinat Accursius promittentem putasse, Titium solum sibi futurum hæredem. Sed hic quoque obstat verl. vlt. *& quamvis conuenisse videatur*, &c. nisi eum ita explices: quamuis videatur ex verbis colligi posse pactum, attamen ex voluntate contrahentium aliud statuendum esse. Fortassis etiam dici posit, quoniam huiusmodi pactionibus aliquo modo offendi videtur L. XII. Tab. stricte acceptum esse, vt consuli posit vni hæredum, videlicet certo & nominatim designato, non autem incerto, & qui an omnino futurus esset, tempore pactionis, ignorabatur. Lit. G.

Excipiendi tamen ab illa regula] Textus alleg. *ex h. t D.* (etenim *l. 22. C. eod. & l. 40. C de transact.* nihil ad rem faciunt) ostendunt, de pacto in specie dicto agere Tr. Cæteroquin multi sunt casus quibus & ex ratione iuris & ex æquitate alteri per alterum quæritur actio *l. 5. §. pen. de reb. cred. l. 8. C. ad exhib. l. 45. sol matrim l. 3. C. de donat. qua sub modo l. 45. § 2. d. V. O l. 13. d. pign. act.* Iuncta *l. 7. §. 1. de distract. pign.* de quibus *inf. p. 2. disp. 27. th. 2.*

THESIS VII.

Lit. A.

Quo in numero sunt hostes] Doctores Vulgo distinguunt inter pacta inita à ducibus belli, & priuatis. Sed recte Tr. etiam hæc obligatoria esse affirmat quia ex quo iustum bellum iusta captiuitas, iusta etiam erit pactio, recteque mutuo dabitur & accipietur fides, quod Romani vel maxime constanter seruarunt. Attamen omnia omnino huiusmodi pacta ex ratione iurisgentium vel ciuilis valida esse absurdum videri posset quod hostis à captiuo nihil non extorqueat, & captiuus spe & amore libertatis, nihil nō promittat adeoque semper præsumpto metu conuentionis huiusmodi initæ intelligantur, neque vero ex iure gentium puro quævis in hostem vis iusta est; maxime si bellum inter Christianos vtrimque gestum proponas. Quod ad duces belli attinet, sunt illi vel nihil nisi belli duces, & non nisi super ijs quæ ipsam belli administrationem concernunt, pacisci possunt vel simul reip. principes: & hi quoque si non sint absoluti, sed LL. fundamentalibus obstringantur, sine consensu procerum aut statuum paciscendo ditiones aut Imperium diminuere non possunt. Ex quo contra sententiam Tr. excusari potest Franciscus I. Rex Galliæ, quod non paruerit conditionibus. At, inquies, in carcere se sistere debebat: At vero & hoc fortassis sapit iniquitatem, magnos principes perpetuo carceri mancipare, & huiusmodi extortis promissionibus imperij fines propagare. Equidem Romani huiusmodi occasiones avide arripuerunt: sed eos imitari hic fortassis non fas, Christianis præsertim principibus. Sane Franciscus Rex filios obsides dedit, eosq; postea immenso auri pondere redemit. v. elegantissimas Laonij, Ducis de Alba & aliorū orationes, & iudicia, sic per negotio isto dimittendi Regis Francisci in consil. o Hispano apud Guicciard *l. 16.*

Item perduelles.] Hi scilicet sunt, qui fide rupta contra iuramenti religionem, hostili animo iniusta arma contra rempubl. tulerunt: quibus adeo cum non hostes, sed quibusuis etiam latronibus sint deteriores, quod iniusto metu illato extorserunt, iterum esse extorquendum, non obstante fide data, non absurde fortassis defenderetur: cæterum si pœnitentia acta sub imperium redeant, impunitatem promissam, quatenus citra periculum Reipubl. fieri posit, seruandam esse facile admittemus.

Transfuga.] nihil huc facit §. 5 1. *de cap. min.* Et interest an quæras de fide promissa ab his à quibus transfugerūt, id est impunitate: an ab his, ad quos transfugerunt, & incidit in quæstionem, an proditori fides sit seruanda.

Hæretici.) Commiscentur hic quæstiones de fide publica & priuata: quæ procul dubio in conuentionibus seruanda est hæreticis, quoniam quo ad has, vt hæretici non considerantur. Cæterum reuera hæc quæstio eadem est, cum ea quæ tractatur *disp. praeced. th. 9. lit. D.* an saluus conductus reo criminis alicuius concessus sit obseruandus. Et habet crimen hæreseos hoc singulare, quod & de iudice legitimo eius, & ipsius cri-

criminis qualitate controvertitur. Et præsuppo-sito vero hæreseos crimine, conuictum dimittere sane quam fuerit periculosum: iactaturque vulgo hæc pontificiorum sententia, hæreticis fidem seruandam non esse, quam ijs etiam hoc loco tribuit Treut. Et id quidem veteres, qui scapham appellauerunt scapham, ita simpliciter statuerunt, quorum aliquos citat Daniel Plancius in elencho suo adversus Iesuitam Antvverpianum: sed Moderni subtiliores, & ex his Iesuitæ æquiuocationum Doctores, scribere non verentur, quod hæreticis seruandam fidem vnanimi voce & consensu doceat Ecclesia Catholica: qua de re late Martinus Becanus in disp. Theologica Moguntiæ habita, & duo Iesuitæ alter Antvverpianus Robertus Schvvertius, alter Vltraiectinus Heribertus Rosvveit specialibus tractatibus editis. Sed illi scilicet verbis hoc quidem affirmant reipsa destruunt: dum nemini principum, ius salui conductus concedendi esse statuunt, & principes fide data non obstringi autumant, iuxta decretum concilij Constantiensis sess. 19. dum quicquid in præiudicium pontificiæ religionis vergit, nullum & inualidum esse dictitant, & hæreticos tyrannis & perduellibus comparant: quæ fusius persequuntur Dan. Plancent. in dict. suo elencho, & author defensionis tertiæ fœderatorum contra Becanum.

Latrones.] Videri possit cum latrone ius gent. commune non esse: quin ille humani quasi generis hostis, obsidendo vias ius gent. & cognationem quam inter homines natura constituit *l. 3 d. instit & iur.* violat & perfringit: quem cum cuiuis impune occidere liceat *l. 1. & 2. C. quando liceat unicuiq.* multo minus seruanda fides erit, fides sc. per scelus extorta metuque data mortis: vt hic ineptum sit quod Treut. ait, fidem aut seruandam, aut non temere dandam esse: neque enim loquimur de casu, quo forte princeps latroni promisit impunitatem. Recte itaque statuerunt latroni non esse seruandam fidem, sed qua latroni: ex quo respondetur ad *l. 31. depositi*, vbi proponitur latro spolia latrocinioque quæsita penes alium deposuisse. Non recte igitur Tr. opinionem eorum, qui de latrone & hoste dissentiunt iuri naturali, diuino, gentium, & ciuili contrariam esse pronunciat: quæ assertio neque ad hostem relata, vera esse videtur.

LIT. B.

De re quavis.] Hoc ad tractatum personarum non pertinet, *Sed ad th. 2. lit. A. & B.*

Vnde princeps ex pacto.] Non satis bona illatio est: quia aliud est principem pacisci, aliud pacisci de republica: cum ipse statim Treut. contractus principum subijciat, quos vtique de republica fieri necessum non est.

Etiam cum hostibus nedum cum subditis]Agitur sc. hic de pactis publicis, super pace aut bello initis: in quibus terminis, contra quam Tr. putat, hostes videntur magis esse personæ habiles, cum quibus paciscatur princeps, quam subditi: quibus movendi arma in principem, adeoque LL. pacis dicendi aut præscribendi non est; quos adeo si iniusta & damnanda violentia extorqueant principi, hic illis obstringi non videtur. Possunt tamen etiam arma subditorum in principem iusta esse: quo casu sententiæ Tr. erit locus.

Quod contractus.]Vulgarum Dd. axioma est, in contrahendo principem vti iure priuatorum: adeoque à Tr. non d. ll. Dd. nec *Iason. in l. 7. C. dict. prec. Imp. off.* sed de plenitudine potestatis disputant, circa quam licet modum excedunt Dd. vt patet ex Ias. d. loco: attamen extra ordinem tantum ea principem vti debere ipsi statuunt: & sane non vtetur, nisi vbi ratio ipsius reipub. & ita us exposcit.

Ex prædecessoris etiam.] Interest an pactum sit de re propria. & ita quasi priuata, an ad rempubl. pertinente: & hic rursus an sit princeps absolutus an LL. teneatur: & porro an imperium capessat tanquam iure hæreditario, an tanquam à populo. Equidem regna non sicut fundi aut ædes transferuntur: sed ij quoque principes, qui successione imperia obtinent, quasi tacita quadam electione populi, initio ita regno constituto, imperia capescere videntur. Denique an tanquam administrator reipub. huius vtilitate id exigente, paciscatur princeps an secus. Verum hæc plenius tractanda politicis relinquimus. Plane ex conventione prædecessoris, successorem in Imperio teneri tradit *Bodin. 1 de Republ. c. 7. in fin. Gregor. Tolos. 7. de Repub c. 20. Roland. à Vall. vol. 3. cons 13. nu. 39. Ias. cons. 1. num. 5. & seqq.* vbi ait rem esse claram & omnino obligari successorem, modo pactio non tendat in magnam diminutionē iurisdictionis & imperij: & si conventio in se habeat iustitiam & æquitatē, & concessio fiat per modū contractus, nec de plenitudine potestatis eam reuocari posse tradunt *Cyn. in l. digna vox C. de legib. Bald. ibid. in fin. Castr. ibid. nu. 9. Rosental. de feud c. 5. concl 85. nu. 3* de qua re & q̄ princeps ex cōuētione sua tanquā priuat⁹ oblige-

lige-

ligetur, communiter tractant D. *in d. l. digna vox. C. de legib. Zas. ad l. princeps ff. eod. num. 4 Gail. 2. obser. 55. num. 7. Cuno de pact. c. 24. num. 1. & seqq. Vasq. illustr. controv. l. 1. c. 3. nu. 1. late Iason lib. L. consi. 2. num. 1.*

Lit. C.

Nisi iuratum sit.] Pactum de quota litis iuramento firmari iure Canonico verum, sed ciuili falsum videtur; tum per rationem generalem *l. 1. C. de legibus*, tum quia dicitur esse contra bonos mores in *l. litem 15. Cod. de procurator.* quem textum de hoc pacto Cynus Salic. Castren. Sichard. & alij ibid. interpretantur. Et de iure ciuili etiam loqui Tr. argu. est altera limitatio, si lite finita interponatur: quæ tamen videri possit insubtilis, quod lite finita nullum de quota litis pactum esse aut fieri potest.

Quid de pacto inter ægrotum.] Distinguit Tr. an pactum excedat iustum salarium nec ne, A quin hac ratione semper vires pacti erunt in incerto: quia Medicus, cuius opera non est Mechanica, semper iustum salarium esse contendet & conditio morbi, medici, ægroti facit, vt modo minus, modo maius salarium iustum sit. Neque ita distinguunt *Pinell. pag. 2. cap. 2. num. 33. Peckius 1. dict. testamentis coniug. 9. num. 6.* sed simpliciter pactiones nullas esse statuunt, exemplo pactionum inter aduocatum & clientem *l. 9. & § 2. C. de postulando.* Et in medico eadem uno maior videtur esse ratio. Quo pertinet *l. 6. C. de med. & professi.* ex qua probatur non posse peti quæ periclitantes pro salute offerunt & promittunt: ratio enim subiecta generalis est non propria Archiatrorum. Neque obstat *l. 9. § 1 quod met. caus.* quia licet medicus non incidat in edictum illud, inde tamen pactionem valere non sequitur: sed & in ea specie promittitur aliquid pro certa exceptione & liberatione, quam nullo modo polliceri potest medicus. Alia opinio est *Baldi in l. 13. C. de transaction.* pactionem ipso iure validam extra ordinem implorato iudicis officio rescindi, *argu. l. d. extr. cognit.* quod non obscure ibidem probat Bartol. quamuis ibi non de pactione super salario, sed alia re agatur. Possit & tentari tertio arg. à contrario sensu ex *dict. l. 3.* extra casum illius legis, quo medicus malo more, dolo malo morbũ augendo, conuentionẽ extorsit, pactiones validas esse, à qua opinione nõ videntur esse alieni, quos citat *Pinell. dict. loc. nu. 32.* Et fortasse argumentũ ab aduocato nõ bene concludit, quia officiũ medicorũ apud veteres Romanos non valde honoratũ, quin à seruis exercitũ, & in opera Chyrurgica præcipue positũ quodammodo mercenariũ fuisse possit.

Lit. D.

Generatim pacta illegitima.] Nimis generaliter loquitur Tr. cum procul dubio inter pacta iure ciuili, diuino aut naturæ illegitima sit distinguendũ: de quo agitur infra loco proprio disp. 21.

Licet non conualescant.] Tautologia hæc est, *interventu iuramenti, & quoties iuramentum accessit.* Ex vero species contradictionis est, non conualescere pacta, & tamen seruanda esse: quia si nulla manerent, seruanda vtique non essent: nisi respectu diuersorum iurium hoc dictum accipias. Et insuper alia contradictionis species, dũ in allegatis ait, quod aliud sit, conuentionem fieri validam, aliud iuramentum esse seruandum: secundum quod licet iuramentum seruandum sit, conuentio tamen valida non fiet: cui vtique contrarium est, quod in thesi ipsa pacta seruanda ait, nisi inter forum ciuile & conscientiæ distinguas. Sed amplius de ipsa distinctione videamus, quod pactum non confirmetur, & iuramentum tamen seruandum sit. Quam distinctionem post aliquos probat, sed male *Ias. in authen. sacram. puberum C. si aduersus vendit. & Mauric d. restit. c. 119.* vbi inepte hunc effectum constituunt, quod minor iuramentum seruare teneatur, & nihilominus, quod V. C. soluit, condicere possit: de quo vide etiam infra disput. 11. *thes. 9. & 10. & Bart. in lib. 4. de fideius.* Præcipuus eius effectus in eo positus videtur, quod ex iuramento obligetur solus iurans, cum si ipse contractus confirmaretur, obligatio transiret in hæredes. Et tamen cum iuramentum omne in se habeat conuentionem, etiamsi maneat contractus invalidus obligationem ex iuramento ex ratione iuris Canonici in hæredes transire, defendi possit. Et simpliciter rationi iuris Canonici magis conuenire putauerim, vt conuentio ipsa validetur, ex eaque cum vtique ius Canonicum nullam specialem actionem ex iuramento prodiderit, actio nascatur: quod & frequentius receptum reprobata illa distinctionem tradit *Couarr. in cap. quamuis. pag. 2. § 1. num. 17. & Salicet.* male à Treut. allegatus in illa ipsa authent. *num. 25.* diserte scribit, quod validitas obligationis transeat ad hæredes, & quod iuramentũ sit reale confirmatoriũ cõtractus. Et oppugnat. Treut. exemplũ ab ipso adductũ lit. seq. de iuramẽto, quod Israelitæ præstiterũt Gabaonitis: quod cũ ab hæredibus per multas successiones, imo non

non vere heredibus, violatum, Deus gravissime sit ultus, consequitur necessario, quod obligatio ex illo iuramento, non solos affecerit & obstrinxerit iurantes. Plane cum super ipso actu invalido iuramentum fiat, & actus iuramento quasi insinuetur, separatio ista non videtur habere rationem Lit. E.

Vulgo tale fuit pactum] Utique illud ipsum per se illicitum non fuit: neque vere potest dici contra legem factum, quod ab ignorantibus & deceptis factum est.

Neque attendendum an læsio enormis.] Equidem *Decius cons. 180. nu 6.* etiam maiori enormiter, id est ultra dimidium læso, non obstante iuraměto vult succurri: ubi plures allegat. Verum ita frustra fuerit remedium *l. 2. C. de rescind. vend.* & nullus iuramenti effectus, citra quod etiam restitutioni locus esset. Sed alia quæstio est de læsione, ut Dd. loquuntur, enormissima, id est, ut ipsi quoque definiunt, quę longe excedit dimidium: propter hanc enim demum etiam maiori qui iuravit, succurrendum esse, communior est sententia, testibus *Fichard. cons. 53. n 8. & cōs. 133. n. 17. Pinell. in l. 2. C. d. resc. ven p. 3. c. 1. nu. 1. & seqq. & Mynſ. 5. obs. 5. resp. 56. n. 13. prolixe Ias. cons. 133. vol. 4. & distincte Convarr in ca. quamvis pag. 3. § ult. n. 7. & libr. 2. var. resol. c. 5. Osascus decis 41. Setser lib. 1. d. iuram. c. 11. num. 14.* eaque sententia, quod alia nimium iure canonico iuramentis tribuitur, recipienda videtur. Neque obstat, quod de conscientia movet Tr. vel quia non censetur quis cogitasse de tam enormi læsione, neq; adeo obligatus iuramento: vel quoniam absolutionem à iuramento petere potest

THESIS VIII.

LIT A.

Ratio potissima est.) Non abs re est quod ait *Ioh. Ramatus in c. quamvis d. pact. in prin. n 2.* non facile esse adæquatam dare rationem, cur pacta de succedendo non valeant: proxima hæc esse videtur, quod sicut certi sunt iure nostro acquirendæ obligationis & dominij modi, ita quoq; consequendæ hæreditatis, videlicet lex & testamentum per *l. 1. cum seq. d petit. hared. l pact. C. d coll l 5. C. d pact. convĕt. l. 4. C. dict. inutil stip. l cū donationis, C. d. transact. l. ult. de suis & legit.* idque est quod in hac materia dicitur, cautiones privatorum legis autoritate non censeri *d l. ult.* Et sane excedit hæc res notissimos terminos pactionum & conventionum, quibus de dādo aut faciendo tractatur, neq; ex ratione iuris nostri quisquā pacto ad præstandam hæreditatē obligari potest: neq; successiones ab intestato tantum sed etiam testamentariæ lege quodāmodo deferuntur *l. 130. reg. iur.* quod lex dispositionibus ultimis quodammodo assistat quo pertinet quod ait *Alb. Gent 4. lect. c. 5.* nō ea facultate privata, qua viventes de rebus nostris disponimus, sed à iure largita, testamēta condi. Hęc licet ita sint, aliquid tamen amplius esse videtur, quod huiusmodi improbet pactiones: siquidem nec pœnalis stipulatio super hac re concepta valet *l. 51. d V. O* Cui obstare videtur *l. quidam 51. eod.* Sed ibi agitur de filio, & spectatur conservatio hæreditatis, & non directe hoc agitur, & etiam relinquendo cum hærede ab intestato, nihil fit contra promissionem ut *Br. Ias & Zas. in d. l. stipu. 61. d. V. O* in qua lege in specie hæc ratio additur, quod stipulatio sit cōtra bonos mores. Cui rei iterū duplex assignari solet ratio: prima est, quod pacta de succedendo adferant liberam testamenti factionem *l. 15. C. de pact l. 52. §. idē, pro socio contra l. 1. C. d. sacros. Eccl. vide Dd. ad l 3. C. d. collat.* Posit tamen forte huic rationi derogari: quod factum videmus à Leone N. 19. ubi nominatim abrogatur & dānatur, *l. 15. C. h. t.* Et licet N. N. illæ non sint authenticæ, ostenditur tamē inde, non obstante ista ratione, conventionem aliquam de succedendo lege confirmari posse: cum Imp. doctissimus, ut & philosophi nomen meruerit, constitutionē *d. l. 15. C. d pact* naturali æquitati contrariam esse pronuntiet. Et libertas illa præsertim quoad eas personas quibus alias debetur hæreditas, non adeo videtur attēdenda: cum etiā totum ius testādi magis à iure civili esse videatur, quo etiā aliquæ gentes plane non usæ, & ex earum numero Germani, teste *Corn Tacit de mor. Germ. v. Bod 5. dict. rep. 2.* Altera ratio est à voto captandæ mortis, quam hic proponit Tr. *arg. l. 11. C. de trans. c. 2. d conc. præb.* in qua magis acquiescunt Dd. adeo ut propterea nec statuto, nec iuramento pactum tale confirmari posse existimet. *Gail. post mu tos 2. obs. 125 & 126* Sūt equidē aliqua iure permissa, quæ eiusmodi votum captandæ mortis videntur implicare: veluti substitutio pupillaris *§ 4. Inst d. pup. subst* donatio omniū bonorū retēto usufructu *l. 35 § 5. C. d dōat.* imo quęvis donatio mortis causa, & nuncupato facta institutio: & ex iure feudali investitura de feudo vasalli adhuc vivētis *c. 1. §. mortb si de feudo def.* & c. quin imo ipsa lex, quę proximis hereditatem defert, causam captandæ mortis præbere videtur. Verū hæc partim certū & constans votū captandæ mortis non inducūt partim specialia sunt suis subnixa rationibus:

minime autem in genere & in vniuersum permittẽdum fuit, & quivis necessitate obligationis super hac re constringeretur. Eoq; defendi potest, ut pactis hæreditas detur, secundũ quid statuto & lege confirmari posse: videmus hodie pactis dotalibus super hæreditate vel tota vel parte invicem disponi: ita quidem ut altera parte in vita mutari & revocari non possint, contra quam existimat *Sich in l.3.C.d.coll n.6. de quo inf. p.2. disp.7.*

LIT. B.

Nisi reciprocum fuerit.] Sententia hæc iure nostro vera non est: tum quia hic quoq; militant omnes supra adductæ rationes: tum quia in *l. licent.16 Cod.h.t.* speciatim excipiuntur milites, & quidem ad cõmunem aleã martis siue mortis pergentes: quin existimet *Ramatus in cap. quãvis de pact.n.19.* quod in ea specie miles defũcti militis bona tanquam ex donatione causa mortis obtineat, & *Cyn. in l.ult.C.h.t.n.5.inf.* ait, quod istud inter milites valeat non ut pactum, sed ut vltima voluntas. Errat igitur *Gail.2.obs.126.* vbi coniugum reciproca de succedendo pacta, etiã iure civili irrevocabiliter affirmat valere.

LIT. C. & D.

Vel est de successione tertij.] non rectè hæc pacta statuuntur species affirmativi pacti de succedẽdo: quia ex ijs nullo modo peti aut vindicari potest hæreditas, sed illa revera nihil aliud sũt, quam pacta de dividenda & cõmunicanda hæreditate obventura sive incerti, de quo in *l.3. §. 1.2 pro soc.* sive certi, de quo in *l.ult.C.d.pact* vbi hoc Just. ideo improbat, quod inciuile sit, vivẽtis hominis bona in sortem & divisionem vocare, & ita quasi eius mortẽ voto & spe præcipere. Eoq; eiusmodi pacto locus non est, nisi inter illos, ad quos iure cognatiõis alias hęreditas esset perventura, *arg pr.d l.fin C h.t & Cyn. & all. Dd. in d. L. fi* ponũt casũ in duobus cognatis paciscẽtibus super hæreditate cuiusdam cõsanguinei.

LIT. E.

Ait pactum de hæreditate tertij, certi, eo ignorante factum, prorsus esse invalidũ: & subijcit, etiamsi cum filia ineatur, quæ alias ab intestato erat successura. Atquin nihil apparet, cur magis filia valere possit, quæ etiam turpius de hereditate paterna dividẽda paciscitur: neq; etiam, cur de filia potius, quam de filio proponatur. Sed iam diximus, pacto isto locũ non esse, nisi inter eos qui ab intestato sunt successuri.

Et si iuratum sit, est enim contra bonos mores natura.] Hoc vero procul dubio falsum est: cum tale pactum nec pariat hæreditatẽ, nec inducat votum captandæ mortis, nec impediat libertatẽ testandi: sed saltem recipiat divisionem hæreditatis futuræ: utiq; longe minus odiosum est, quam pactum de succedẽdo, ex quo in foro cõscientiæ obligationem nasci, non obscure existimat Tr. in fin. lit. A & consequenter falsum est, quod nec statuto nec consuetudine tale pactum confirmari posse subijcit.

Adeoq; pactum dotali.] Hoc vero cum præcedentibus non cohæret: & ex seqq. apparet, speciem hãc pacti adeo improbari non esse. Et aut non consensit filia, & utiq; pactum non est: aut consensit filia & tale pactum quale proponitur in thesi, non est, sed pactum negativum de succedendo, de quo itidem falsus est quod sit contra bonos mores naturæ: ut adeo cõijcere liceat hic per incuriam diversas quæstiones confundi, & quæ de invaliditate absoluta pacti proponũtur, ad pactum affirmativum de quo actum est lit. A. pertinere, quoniã de hoc tãtum agit allegatus *Gail. obs.12.5.n.1 & seqq.* & de hoc demum pacto etiam *all Sich in l 3. Cod.d.coll n.3* ait, non posse firmari iuramento. Et hoc tamen quoq; contra bonos mores naturæ esse non videtur, tũ ex ratione iam à Tr. allata lit. A in F. tum quia ipse pacta reciproca de succedendo admittit. Hoc autem posito, quod illa pertineant ad pactum affirmativũ consequenter ea quæ in thesi & initio lit. & hoc vers. proponuntur, nullo modo inter se cohærebunt. Quod autem ad illud pactum hic pro iure civili etiã valeat: quod magis est vt falsum sit: quia revera est pactum de non succedendo, quod renũciatur hæreditati, quod patet *ex l. 3. C. de collat.* (ubi tale pactum proponitur & improbatur) & ijs quæ Sich. post alios Dd. ibid. notat. Neque constitutio Justin. In *l fin h t.* (Per quam ipse Tr. nihil derogatum *d l.3.* & alijs textibus, puta) ad istum casum porrigenda est. Et vero confusim hic simul agi a Tr. de pacto negativo, & quod ab ipso proponitur, pro tali haberi, appa(r)et ex eo quod statim subijcit, renuntiationem iuratam etiam, non obstare filię, quo minus ex testamento succedere possit.

LIT. F.

Hic agitur de pacto negativo, quod iure civili itidem comprobatum est, *quamvis dict. pact. in 6. l.C. de coll. l ult. d suis & legit* cuius rei rationes ex Dd aliquas refert *Nat. in d c. quamvis pag. 2. n. 81.* sed proxima ratio est, quod sicut acquirẽdæ ita & amittẽdæ hæreditatis certi iure nost(r)o modi sunt: cui addi potest quod pactum de non succedendo, de quo agimus, eo tempore interponitur,

nitur, quo nulla adhuc est hæreditas, nullũ veræ successionis ius: tempore autem mortis ideo effectum exercere non potest, quod tam Lex, quæ potentius operatur, quam pactum proximo cognato addicit hæreditatem: atquin cautionis privatorum legis auctoritati censeri non possunt *l. vlt. d. suis & legit.* Addit autem Tr. limitationem, nisi qui pactus est, tantum acceperit, quantum ei ex hæreditate debebatur. Vbi illud, *deberi* ambiguum est: cum ex iure gent. tota hæreditas liberis debeatur *l. 7. in prin. d. bon. damnat.* Sed & licet de legitima intelligas, ista limitatio simpliciter admittenda non est. Et initio distingui oportet, an renuntiatum fuerit ab eo, qui tantum ius ab intestato succedendi, an qui simul ius querelæ habebat: & porro an ille cuius hæreditati renuntiatum est, decesserit testatus, an intestatus. Hoc casu nullo obstante pacto ex lege succeditur, quantumcumque à defuncto renuntians acceperit, ut tantum hoc reliquis conferat *l. 3. C. d coll.* illo casu potestas legis proximam hæreditatẽ deferentis cessat, & illud quæritur, an vigore renuntiationis & pacti quis a querela excludatur: Vbi ex sententia Tr. affirmandum videtur, si a vivẽte adhuc quis quãtitatẽ eam quæ exæquat legitimã, acceperit ex *l. 1. §. si quis à parente &c* Sed nimirũ hic quoque interest, 1. inter titulum, ex quo illud datum est, 2. inter ius vetus & novuum. Iure veteri quod mortis causa datum erat, etiam citra expressum pactum renuntiatorium imputabatur in legitimam, & excludebat à querela *l. 8. § 6. d. inoff. testam.* per donationem inter vivos non aliter, nisi sub ea contemplatione donatum *l. si non 25 eod tit.* Iure novo, filio ne quidem pactum obstat *l. 35. §. 1. C. d inoff. test.* quod maxime iure novissimo obtinet *Nov. 115. c. 3.* ex qua libri legitimam habere debent titulo Institutionis. Adeoque hodie diversum ius videri possit inter parentes & liberos, quibus etiam tantum convenit ratio Iustin. *in d. l. 35.* quæ etiam extat apud *Harmenopol lib. 5. tit. §. 9.* II facit *l. 7. in prin. d. bon. damnat. iuxta l. 15. in pr. d. in off. test.* Vbi tamen notandum, quod *in dict. l. §. 3. si quis à parente &c* pater non ipso iure, sed beneficio exceptionis excluditur: licet ibi in specie non de querela inofficiosi, sed bonorum possessione contra tab. agatur.

LIT. G

Quæritur, an valeat renunciatio filiæ, eo usque, ut nihil amplius petere possit. Et aut nihil accepit filia, aut minus legitima, quam ius civile assignat. Illo casu legitimã petere potest, cõtra quam sentit *Fachin. 3. controv. 24.* cuius ratio nulla à viribus iuramenti: quia alias etiam valeret pactum affirmativum: & recte ait Molineus *Mynf. 5. observ. 22. & Giph. hic th. 252.* quod Canonistæ sub prætextu nominis divini iniquas conventiones adversus leges tueantur. Et capitulum correctorium iuris ciuilis in terminis loquens filiæ dotatæ extra istum casum nõ est porrigendum. Posteriori casu aut loquimur in terminis statuti, filiam præter acceptam dotẽ amplius petere prohibentis, aut in terminis iuris communis. Illic dicam quod statutũ eo ipso minorem quantitatẽ legitimæ definiisse intelligatur, quam facultatem statuta habent: cũ præsertim alias statutum nihil foret operaturũ ultra ius cõmune. Hic, licet cõmuniter Dd. *Sich. & alij in l. 3. C. d. collat. cap. quamvis*, explicent de dote congrua, eaque quæ legitimam exequet: attamen ex mente pontificis qui simpliciter proponit dotem datam, contrarium rectius defenditur contra Tr cum præsertim alias pater iure communi legitima relicta, filiam à cæteris omnibus bonis excludere possit. Facit quod eũ patris bona augeri & minui possint, filia quæ dote à vivo patre accepta hæreditati renuntiavit, tanti legitimam æstimasse & de ea quasi transegisse videatur.

Illud hoc loco graviter.] Veram puto hanc sentẽtiam, quam etiam communem testatur & sequitur *Na ta in cap. quamvis pag. 2. nume. 124.* Etenim hæc renuntiatio non valet iure obligationis quæ transeat in hæredes: & non absimile est, quod exhæredatus filius mortis patris tempore superstes obstat nepoti, qui non obstaret prædefunctus: & renũtiatio matris nõ potest impedire effectum legis, quæ utiq; matre præmortua hæreditatẽ avi transfert ad nepotes. Vide etiam *Anton. Fab decad 28. err. 6* ubi varias distinctiones proponit, & in eas inquirit. Obijci solet, quod nepotes non proprio iure sed repræsentationis succedant. Sed responderi potest, vocari etiam iure proprio & à lege qua nepotes, licet aliquo modo vices subeant parentes, ad eum præcipue effectum, quem etiã speravit ius repræsentationis, ne excludantur per gradum proximiores, quod autẽ favori eorũ datum est, in odiũ retorqueri non debet. Et tamen si iure cõmuni & ordinario renũtiatio ista defenderetur, cõtraria sẽtẽtia probabilior videri possit: ꝙ accidẽs illud, mors filiæ præcedẽs ius mutare & effectũ renuntiationis quæ respicit fa-

cit favorem familiæ, non debeat impedire. Illa rario Dd pro nepotibus, quod renuntiationes stricti iuris sint, non magni mihi momenti esse videtur. quia ut nō porrigatur ad alia, hæredes exinde non teneri, minime efficitur. Si minor, si mulier, si fideiussor, beneficijs suis, maxime iurati, renunriaverint, hæredibus id obesse nemo negaverit neq; alia ratio hic differētiæ dari potest: quam quod nuntiatio ista affectū L quæ nepoti defert hæreditatem, impedire nō posse videtur: & tamen post quam Lex sive consuetudo renuntiationē illā probat, parum abest, quin legi civili hæreditatē nepori differenti derogarit, aut nepoti succedere volēti, ex persona matris, cui præsertim alias successit, excepit opponi posfit, q alijs accuratius expēdēdū relinquo.

Alia quæstio est, an filia &c.] Affirmat Tr. si tēpore renuntiationis aliæ sorores vel solæ, vel cum fratribus extiterint, utroq; casu superstites sorores obstare ei quæ renuntiavit, quo minus ab intestato succedere posfit. Cui sentētiæ obstat, quod *Sich. post Dd. communiter tradit in l. 3. C. d. collat. n.* 10. quod hæ renuntiationes præsumptione iuris intelligantur fieri pro conservanda familia. Ideoq. in secundo casu intrepide cōtra Tr. concludam, imo etiam in priori, si tempore renuntiationis spes superfuerit tollēdæ masculæ prolis: cum præsertim, *ut dict. loc. notat Sich.* eiusmodi renūtiationes sint odiosæ, & minime extendendæ. Plane si & tempore renuntiationis solæ fuerint sorores, & nulla masculæ sobolis spes, & amplius reliquæ sorores nulla exacta & facta renuntiatione elocatæ fuerint, poterit his concurrentibus sententiæ Tr. esse locus.

Alia ratio est decisionis] Ego hic à Tr. dissentio, quia in specie ista proposita à Test. apparet renūtiationem factam favore agnationis: sicut & in specie quam tractat *Osasc. dec.* 110. non dubitarim, donantes spectasse casum, quo omnes quorum ibi fit mentio, sine liberis decesserint: contra quam ibi respondet Osascus, frivolo fundamēto *in l fin. § filium d. leg.* 2. ubi apparet separatim libris legata data, nec ullo modo voluisse patronam, ut ab uno ad alium transirent: neque illud ibi quæritur, sed hoc: an patronæ filius à liberto gravato institutus & hæreditatem adire, & fidei cōmissum a cohærede petere posfit.

An rescindantur ob læsionem] Æstimatur læsio vel ex quantitate totius hæreditatis, vel legitimæ Et de posteriori casu tātum quæstio esse potest: ubi in negativam partem cōtra *Katt. in c. quamvis, n.* 40. *& limit.* 6. *& quas ibi allegat.* proclivior sum: quod ut paulo ante dictū, dote accepta filia tra..segisse videatur, & constitutio pontificia nihil exigit, nisi ut filia acceperit dotem, quæ legitimam exequare nō solet.

Idem obtinebit in filio.] Hic quoque contra Tr. statuere libet, hoc affirmantem simpliciter: siquidem pro d. ll allegat Mynsing, qui cum Molineo hanc renuntiationem in nulla bona & honesta causa fundari ait. Et vero c. quāvis temere extendendū non est: & cessante favore familiæ eiusmodi renuntiationes ius gent. & civile offendunt. Secundum quæ admittam sententiam Tr. si verbi causa filius iunior, pro conservando familiæ splendore, in favorem primogeniti renuntiasse proponatur

Addamus Colophonis loco ad istam materiam, hanc quæstionem: an filia statuto vel renuntiatione exclusa, salvo testamento præteriri posfit. Et posteriori quidem casu dubitatio maior est. quod renuntiatio facta non videatur tollere ius suitatis, ut multis disputat *Ant. Fabr. decad.* 13 *error.* 1. quo posito, filia preterita testamentum nullum erit. Sunt qui eam exhæredandam putent, adimplendam testamenti solemnitatem: sed instituendam putat *Ant. Fab.* vel in uno nummo, *d. decad.* 13. *error.* 2. *in f.* cuius iudicium ibi aut mirari aut ridere liber, dum institutionem in dote inutilem fore contendit: cum procul dubio ius patris in dote unum nūmum valeat, & nuda solennitas institutionis, quam solam requiri, etiam in dote impleri posfit. Verum hæc instituendi ratio prudentibus iuris ignota, & mere commentitia habēda est, ut quis nudo nomine hæres neque abstinēs neque repudiās, nihil ex hæreditate consequatur, & nulla parte defunctum repræsentet, nullas actiones hęreditarias exerceat aut suscipiat. Cæterum exhæredationis notam filiæ immerenti inuri, permittendum non videtur: cum etiam ex ratione iuris novi iuxta communem sententiam exhæredatio sine causa facta, pro nulla habeatur: cæteroqui ex ratione iuris veteris, filius etiam optime meritus salvo testamento, legitima data, ut nec querelæ locus esset poterat exhæredari Ego simpliciorem sequar Dd sententiam, filiam præteritam testamentum non facere nullum: in eum scilicet casum, quo ipsi renuntiatio obstat: frustra enim illa testamētum nullum dicit, quæ ab intestato ius succedendi nō habet: ita post quā iure anō. receptū est, ut renūtiatio valeat. simul necessaria consequētia effectum videtur, ne deferatur

hære-

hæreditas, aut vt ipso delationis momento & instanti, vis & potestas renunciationis excludẽtis filiam succedat, efficiatque, vt effectu hæreditas nõ delata videatur. Facit, quod ex ratione veteris iuris ob prætẽtionem filiæ non erat nullum testamentum *in prin. ſ. ex hæred. lib.* vt inde verbosa disputatio *A. Fab. dec. 30 err. 1. 2. & 3. & dict. dec. 13. err. 1. & 2.* labescere videatur.

THESIS IX.

LIT. A.

Naturalem obligationem producunt]Communis hæc est Dd sententia, cui firmandæ hæc adducuntur 1. quod naturalis obligatio fundatur in consensu & æquitate *l. 95. §. 4. d. solut.* quod vtrunque est in pactis *l. 1. h. tit. l. 1. dict. const pec. 4.* quod pacta cum naturalem obligationem tollant *dict. § 4.* eandem parere videntur 3. quod vsuræ pacta promissæ naturaliter debentur *l. 5. §. 7. dict. solut.* qua de causa solutæ non condicuntur *l. 3. C. de vsur. l. 28. C. h. t.* Possit responderi ad 1. inde non sequi, quod talis ex pacto quonis nascatur obligatio naturalis, quæ effectus iure ciuili introductos habeat: (nam & obligatio ad antidota naturalis dicitur *l. 25. §. 11. d. pet. hær.* sed hoc ei demum inesse naturali obligationi, quæ nascitur ex pacto vestito, vbi conditio & qualitas personæ vel causæ ciuilẽ prohibet oriri obligationem: Cæteras conuentiones iuri gentiũ relictas esse: cum etiam constet, prætorem nil nisi exceptionẽ ex pactis nudis edicto suo proposuisse *l. 7 §. 4. h. t.* Ad 2. quod à dissolutione ad constitutionem nõ recte concludatur *arg. l. Arrianus d. O. & A.* Ad 3. quod specialiter receptũ est, non esse trahendum ad consequentiam: cum etiam ibi considerata videatur non tam naturalis obligatio quam æquitas compensationis, cui etiam innitur decisio *l. 8. In quib. cauſ. pign. tac.* Attamen hæc fortassis rationibus prædictis non satisfaciunt: & confirmant communem sententiam exempla pactorum legitimorum: quorum confirmationi procul dubio naturalis obligatio dedit causam: absurdum fuerit dicere ante con firmationem pecuniam ex constituto, nuda dotis aut donationis promissione solutam non potuisse retineri. Neque euertunt eam sententiam rationes Connani ex *l 7. §. 4.* quod nuda pactio non pareat obligationem 2. quod passim obligationem causæ constituantur tantum contractus & delicta *l. 1. d. obligat. & act. 1. tit. 14. lib. 3. Caius. 2. t. 9. 3. ex l. 56. §. 2. de fideiuſſ. & l 1. §. 2. ad V. O.* vbi defectus aliquis in contractu facit, vt nec obligatio naturalis oriatur, & tamen iure pacti talem conuentionem cẽsendam vix negari posse videtur, cum etiam nutu recte contrahatur obligatio *l. 52. §. vltim. d. O. & A* Resp. ad 1. & 2. obligationis verbum sumi, vt plurimum & in dubio in potentiori significatu, nimirum de ciuili, de qua etiam nominatim tractatur *in l 7. in prin § 1. & seqq. hoc tit.* tum deinde de eiusdem quoque causis in iure tractari ad materiã subiectam, velut in textibus allegatis: & fit mentio causæ principalis, contractus vt pacta legitima & adiecta non excludantur. Ad 3. quod contractus iure certam habeant naturam, certa requisita, quibus deficientibus, ob defectũ formæ vel materiæ contractu nullo, nulla etiam plane possit nasci obligatio. Illud hic in dubium vocari possit, an eadem ex iure etiam gentium omnium conuentionum simplicium pactorum & contractuum sit potestas: quod quidem, cum ius gẽtium nullam solennitatem desideret verborum, & pacta obligatoria vel contractibus accedant vel in speciem donationis incidant, communiter affirmant, de quo satis late *VVesemb in parat. hic num 9.*

Eandem ipso iure tollunt.] Duo hic desiderari posse videntur. 1. quod non distinguit obligationem naturalem, quæ vel est nuda vel mixta. De hac enim, licet communiter aliud receptum sit *post Accurſ in Glo. magna ad l. 27. §. pactus h. tit.* dubitari non immerito possit, an per pactum de non petendo naturalis obligatio ita tollatur, vt ciuilis maneat sola. Quod quidem non videtur, propter inseparabilem obligationis naturalis cum ciuili nexum, eumque talem, vt vna obligatio esse intelligatur, quomodo & perpetuo in vsu iuris simpliciter ciuilis dicitur: eoque *Iustin. in §. 3 & 4 inſt. d. except.* si iuratum vel pactum sit de non petendo, simpliciter affirmat, quod debitor maneat obligatus. Et hoc recte senserunt olim, quos refert Accurſ. *d. loc* si inveniatur naturalis cum ciuili, non Posfit naturalis tolli per pactum, quoniam vna sit substantia vtriusque. Neque obstat *l. 95. §. 4. d. solut.* quæ loquitur de naturali sola: & tractat de pupillo, qui dedit fideiussorem: & in dubio verbum obligationis naturalis, nudam & simplicem naturalem denotat. Non obstat etiam *l. 3 § 1. dict. constitut. pecun* ibi, *debita iuribus non est pecunia.* quia intelligitur ius prætorium & ciuile: illo enim debitor non intelligitur, qui exceptione tutus est, præsertim pacti, quod ipse prætor edicto suo confirmauit. Et hinc sumi potest ratio conciliandi, *ad leg. 27. §. 2. de pact. & ad leg. 65. §. 4. de solution.*

de quo etiam *thes. vltim. lit. A.* Secundo in hac propositione Tr. hoc desiderari potest, quod nudo pacto etiam obligatio quædam ciuilis ipso iure dissoluitur, cuiusmodi est quæ nudo cõsensu constat, quod docent *l.7 §. adeo l. 27. §.2. vers. item dicemus l. 58. in prin. h. t. l. 72. in fin. prin. de contrah. emt l. 3 4. & 5. § 1. de rescin vend.* Secundum quæ etiam pactũ hypothecæ, nudo pacto tolli, ipso iure recte defendemus, non obstante ratione, qua tãquam inuicta mouetur *Ant. Fab. l. 17 §. 2. h. t.* quod fieri nequeat vt pactum ad actionem confirmatum, nudo pacto tollatur. Nã præterquam, quod supra ostensum proprie loquendo ex pacto actionem non nasci, ita vt tantum obligationem pignoris nuda conventione contractam pacto nudo dissolui dicendum sit: hoc admisso sequeretur, obligationes ex cõtractibus, qui consensu constant, nascentes, & sine dubio ciuiles, nudo pacto integra re ipso iure tolli non posse, contra textus paulo ante adductos. Et manifeste Faber principium petit, nihil hic dicens esse simile, & tamen eius dissimilitudinis rationem afferens nullam. Et igitur hæc propositio statuenda videtur: obligationẽ nudo & mero consensu cõstantem, vtcunque illa iure ciuili aut prætorio firmata & probata sit, tamen nudo etiam pacto ipso iure tolli quod scil. Tota eius essentia in consensu consistat: quo sublato per pactum, nihil amplius est, in quo actio fundetur: etenim confirmatio iuris extrinsecum quid est & accidentarium.

LIT. B.

Et Iure Canonico quidem.] Pro, & legendũ est, *ne*: quia allegata ostendunt Tr in ea esse opinione, quod ex pactis nudis iure eo non nascatur actio, quam sequitur *Ant. Fab in l. 7. §. 7 h. t* Verũ contraria sententia verior & simplicior videtur quam ex neotericis tuetur. *Greg. lopez. 1 anim 9. per cap. 1. & 3. d. pact.* Quod enim in hoc dicitur argum. Rubr. ad stipulationes commode non refertur: & in illo agitur de conuentu, & ideo de pacto remissorio male explicatur: neque ad conuentum aliquem Monachorum illud referre possis, quod inepte videtur velle Forcatulus. Et inde enata videtur consuetudo, de qua ipse attestatur Treut. vt ex quouis pacto hodie actio detur: facit quod stipulatio non nisi solennitate verborum, quam non attendit Ius Canon. à pacto differt: & iure quoque nostro aliquando ex mente conuenientium pacta & stipulationes distinguntur *l. 7. 12. h. t.* Et ius diuinum, cuius æmulum esse vult Ius Canon etiam inter iuramentum & simplicem loquelam distinguere negatur *12. 22. q 5.* & vt *Sichard. ait. ad Rubr. C h. t num.* 14. Ius Canonicum tantum æquitatem considerat.

LIT. C.

Et si ad decipiendum.] Non satis bene hoc cohæret cum eo quod præcedit lit. B. D. producenda obligat & actione: Etenim hic inter pacta obligatoria & liberatoria est distinguendum.

THESIS X.

LIT. A. & B.

Affirmat hic Treut. pacta adiecta tantum bonæ fidei contractibus ad actionem prodesse: quæ sententia à Donell. & Cuiac cõfirmatur ex *l. 7. § quinimo h. t l. 13 C. eod.* vbi tantum fit mentio bonæ fidei cõtractuum: item *ex l. 11. § 1. d reb. cred.* quibus addit Cuiacius cum quoad pacta ex intervallo adiecta differentia sit, inter stricti iuris & bonæ fidei contractus, quod probari putat *ex l. 3. de rescript. vend.* rationis esse, vt aliquam etiam quoad illa quæ in continenti adiiciuntur, agnoscamus. Verum ad *d l. 7. h. t. & ad l 13. C. eod.* præter ea quæ ibi Accurs. notat. non absurde respondetur, exempli causa mentionẽ fieri contractuum bonæ fidei, in quibus res est apertior, & ea natura illorum, vt magis & frequentius eiusmodi pacta admittant. Et vulgo dicitur, inclusionem vnius non esse exclusionẽ alterius, quo modo quæ de iudiciis bonæ fidei affirmantur *in l 5 de vsur. l 6. Cod. dict pignor actíon. l. 3. C ex quibus caus. maior.* eorum iudiciorum propria non sunt. Cæterum particula *Interdum, in dict. § quinimo* non stricti iuris iudicia excludit, sed pacta ex interuallo adiecta, vel quæ à natura contractus sunt alia, quod rectissime ad illum locum adnotauit Gothof. in eoque errat *Accurs. in dict. l 7. §. 5. h t* vbi pactum hoc, vt pro me Romam vadas, cuicunque contractui adiectum, ad actionẽ prodesse putat. Ratio Cuiac nulla est, quia primo claudicat consequentia, à pactis ex interuallo adiectis, ad ea quæ apponuntur in continenti. Deinde nulla etiam est adsumptionis probatio: ex *l d resc vend.* in qua de illis tantum agitur contractibus, qui consensu constant, quorum hac in re specialis est ratio Et quoniam in hanc legem incidimus, vt obiter loci difficilis, & in quo contradictorie, agi non posse, & tamen exceptionem inesse, dici videtur, interpretationem adiiciamus, existimamus eo respectu ibi dici, agi non posse, quod prætor in illa specie, statim actionem denegat: siquidem exceptiones eius generis quasi destruunt

destruunt bonæ fidei actionis naturā & formulam, ex bona fide: quia vbi verbi causa dolus vel metus intervenit, vel pacto vt à cōtractu discederetur conventum est, nullus locus est condemnationi, in quantum alterum alteri ex æquo & bono præstari oportet, Sed vt ad rem redeamus potior videri possit cōtra Tr. communis opinio: nisi obstaret textus *in l. 11. §. 1. de reb. cred.* neque enim satisfacit quod Gœddeus respondet *de contr. stip. concl. 2. num. 52.* eiusmodi pacto destrui substantiam mutui quod & recōtrahatur, & fit gratuitum. tum quia depositum admittit pactum vsurarum *l. 24. & 26. depositi:* tum quia aliquot casibus mutuū ex pacto vsuras admittit velut *in l. 12. C. de vsur.* Hic enim frustra est Gœddeus, speciale esse dicens in rebus fungibilibus quæ ex terra nascuntur: tum quia vinum aut frumentum non ea ratione qua ex terra nascitur, mutuo datur, sed quatenus iam natum & collectum vsui esse potest, quo casu inter ipsum & pecuniam numeratam nulla est differentia: tum quia aliis tribus casibus pecunia numerata mutuo data vsuræ recte in pactū deducuntur *Nov. 136. c. 3. l. 30. d. vsur. l. 5. & 7. d. naut. fœner.* quibus duabus posterioribus LL. pacta in continenti adiecta proponuntur, sicut *in l. 11. §. 1. de reb. cred.* certissimo argumento, quod pactis eiusmodi natura mutui non destruatur. Videamus igitur an non probabiliter distingui possit, inter ipsos contractus stricti iuris, mutuum & stipulationem: vt huic demum non etiam illi pacta adiecta prosint ad actionem. Ratio differentiæ hæc dari potest: quod duplex sit causa, quæ facit, quo minus pacta in continenti adiecta contractibus insint: vel quod re ineantur *argum. l. 17. h. t.* & pacta vtpote consensu constantia iis incorporari & partem eorum efficere nequeunt: vel quod eorum stricta sit natura, quæ ad pacta nō recipiat extensionē. Vbi vtraq; hæc ratio & vtrumque impedimentū deest, facilius & frequentius pacta insunt: velut in contractibus consensu constantibus. Vbi alterutra deest, insunt quidē sed rarius & difficilius: velut bonæ fid. in contractibus realibus, & stipulatione, quæ pacto inter præsentes facto propter huius cum illa affinitatē *arg. l. 7. §. 12. h. t.* potest informari. Vbi denique vtrumque concurrit impedimentū, velut in mutuo, simpliciter pacta inesse negabimus. Quod de mutuo probat *dict. l. 11. §. 1. dict. reb. cred.* De stipulatione quod ei pacta inesse possint, probāt textus, quos late suo more adducit & deducit *Gœdd. d. c. 8. conclus. 2.* & præcipue *in l. 4. §. 3. h. t.* in cuius specie licet pactum ad exceptionem prosit, attamen ratio à ICto adiecta, (quod conditio insit stipulationi, perinde atque si hoc in stipulatione ipsa expressum fuisset) etiam pro actore concludit, & pactum stipulationi inesse posse ostendit. Neque obstat *l. 99. d. V. O.* quia ibi non excluditur, quod pacto statim adiecto cautū est, quia hoc pro expresso habetur, *dict. l. 4. inf. h. t.* sed extensio per officium iudicis, per quod in bonæ fidei iud. etiis etiam ea veniunt de quibus non fuit expresse actū *§. vlt. l. de oblig. ex cons.* Non obstat *l. 1. §. 3. d. V. O.* quæ enim detrahunt aliquid vel addunt, vitiant obligationem, sed contrahendam, vbi nempe responsioni cōgruentia ad interrogationem deest: Cæteroquin nemo dixerit, stipulationem rite conceptam & perfectam per pactum post adiectum vitiari. Non obstat denique, quod adiectum perfecta stipulatione, alias enim pars eius esset, non potest videri adiectum incontinenti: quia resp. speciale quod ad hoc esse in stipulatione vt pro incontinenti adiecto habeatur, quod statim post perfectam stipulationē priusquam partes ad alia fuerunt digressæ, adiicitur: idque ostendi & probari potest ex *l. lecta 40. d. reb. cred.* vbi proponitur pactum stipulationi incontinenti adiectū. Etsi enim verius est, pactum ibi tantum prodesse ad exceptionem, illud tamē inesse dicitur, & inde docemur, quomodo & qua ratione, pacta incontinenti stipulationi adiici dicātur. Super est, vt textibus & rationibus, quibus etiam mutuo pacta incōtinenti adiecta inesse probari posse videtur, respondeamus. Adducitur, *l. 3. d. reb. cred.* Resp. ibi agi de eo quod ex natura ipsa mutui etiam citra vllam pactionē inest: stipulatio autē cum omnibus contractibus adiiciatur, certā & definitā naturam nō habet: & agitur ibi de qualitate, quæ fere non in mutuo, sed tantum quantitas attenditur 2. adducit *Gœdd. l. 10. d. reb. cred.* ex qua probari putat, mutuum iniri posse cum pacto depositi. Equidē ibi de casu inverso potius tractatur, depositi cōtracti sub lege mutui. Sed & illo admisso exemplū istud plane impertinens est: quoniā illud hic pactum dicitur inesse, ex quo agi potest ad id quod pacto est comprehensum: & omnino illud pactū, quod informat, auget & extendit obligationē. Pone ita conuentum, (ita enim formādus erit casus inversa *dict. l. 10. de reb. cred.*) Do tibi mutuo centum sub hac lege, vt si non vtaris sint penes te deposita. Vtique hinc, vt debitor ea deposita habeat, agi non potest. sed siue vtatur,

mu-

mutuum, siue non vtatur depositum erit: & plane pactum illud obligationem siue actionem mutui non auget, neque aliam aut nouam ei adducit qualitatem, verum hoc tantum efficit, vt sit in potestate accipientis, mutuam an depositã pecuniam habere velit. 4. Quod adducit *l 1 & t. 2 d eo quod certo loco.* si mutuo dentur centum, vt soluantur certo loco. Hæc vero adhuc magis est impertinens: siquidem hoc pacto restringitur potius actio: & vtique non illud efficitur, vt per actionem ad soluendum quis illo loco possit cogi, sed ne conueniri alibi queat: & cum pacta adiecta sint pro creditore seu actore, illud & magis ad fauorem rei spectat: & alias adiectio omnis temporis aut loci, imo quæuis conditio, pro pacto adiecto actionem & contractum formante fuerit habenda. Denique duæ rationes remouendæ sunt. 1 Quod pacta traditionibus rerum adiecta valida sint *l. 48. h tit.* mutuum autem datione perficitur. Respon. *dict. l. 48.* pertinere vel ad dationem aut traditionem informem, vel etiam ad irreuocabilem. Mutuum autem formatum est à iure, & datio est reuocabilis, adeoque iniquum foret debitorem restituere pecuniam & insuper aliis pactis grauari. Et vero si ita forte mutuum quis det, vt negotia sua curentur, vt Romam pro se eatur, vel vt aliquid aliud detur, nemo eiusmodi conuentiones dixerit forte efficaces: quod alias nimis aperte leges, quæ & gratuitum volunt esse mutuum, & accessiones ex pacto, peti nõ posse sanciunt, fraude facta eluderentur. Et verius est quibusque contractibus non quævis pacta vtiliter adiici, sed quæ naturam & præstationes eorum quasi contingunt hoc enim est quod dicitur *in l. §. adeo. d pact.* exceptiones eas inesse quæ sint ex eodem contractu: quod recte Gothof. ita explicat: quæ super pretio (agitur enim ibi de emptione) vel alia re simili interponuntur, κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος. Altera ratio est, quod pacta adiecta duplicem habere possint respectum quatenus partem contractus faciunt, & quatenus iis contractus tanquam causa & negotium subsunt, cuius intuitu actio præscriptis verbis ad id quod pacto comprehensum est, licet deficiat actio contractus, concedi posse videatur. Resp. posteriorem respectum commentitium esse & eatenus saltem ad actionem pacta prodesse, quatenus contractibus inesse, & eorum actionem formare possunt: neque rationis est, contractus veros pactis nudis indignioribus tanquam dationes & facta substerni.

LIT. C.

Actionemque eius contractus formant.] Probatur hoc ex iis, quæ ad finem lit. præced. dicta sunt. Et quidem vbi ratio prohibet actionem cõtractus dari, nec præscriptis verbis actio concedenda est: neque facile concursus harum duarum actionum admittendus: facit *l. auia, 6. C. d. iur. dot.* ex qua probatur etiamsi pater dotem dando incontinenti de ea sibi reddenda pactum fecerit, actionem tamen eum propriam ad dotem non consequi: & apertius *l. 4 dict. l. comm iunct. l. 16, d. in diem addiction.* Sed obstat *l. 2. C. dict pact. int. emptor. l. 6. d. rescind. vend.* ad quos cum reliquis textibus cõponendos aliqui ad dissensum Proculianorũ & Sabinianorũ confugiunt. Forte tamẽ dici possit, casus propositos in legibus cõtrariis cõtinere conuentiones plane singulares, & simul ad rescindendum contractum tendentes: quæ singularitas dubium fecisse videtur priscis Ictis, an actione contractus experiri liceret: qui adeo sicut in aliis casibus dubiis, hic quoque tutius & securius crediderunt facturum actorem, si actionem præscriptis verbis intentaret. Atquin replicauerit aliquis etiam *in l 4. d. l. comm. & in l. 16. de in diem addict.* non minus speciales casus proponi. Sed videndum, an non diuersa istorum pactorum ratio sit: nimirum præscriptis verbis actio ex pacto adiecto datur, vt aut præstetur promissum, aut quod interest. Et ergo, vbi potestate legis efficitur, quod in pactum deductum est præscriptis verbis actio cessat. At vero, quod pacto commissorio & addictionis in diem continetur, potestate iuris impletur: quia statim ac pecunia soluta non est aut melior allata conditio, ipso iure sine vllo facto hominis & sine vlla actione disoluitur venditio, vti ostendi potest *ex l. 1. & 5 d. l. commiss. l. 2. in prin. l. 4. §. 3. & l. 9. d. in diem addict. l 11. qui 11. §. penult. in fin. Quod vi.* & fusius hoc probat *Fern. Vasqu.* (qui tamen quo ad pactum commissorium non recte à communi opinione recedit) *contr. vsufreq. cap. 69. & Anton. Fab. decad. 21. err. 1.* & iterum, *decad. 22. err. 1.* At porro instabis resolutio ipso iure contractu non videri superesse posse ex contractu actionem, quæ tamen *in dict. l. 4.* proponitur. Respond. hanc ipsam fuisse rationem dubitandi, cum quidem tanquam dominio ipso iure ad venditorem reuerso, rei vendicationem dandam putarent, obtinuisse tamen potius vt actio ex contractu proponeretur, tum ratione contractus semel celebrati, tum ratione intermedij temporis, quo vtique contractus substi-

substitit: præsertim, cum fructus, qui etiam veniunt in repetitionem, vix viderentur jure dominii à venditore peti posse. Nihil plane ad rem facit *l. Labeo 50. d. contrah. empt.* quod ibi non tam pactum adiectum emptioni, quam sub côditione contracta videtur emptio. Dedit autem ibi Labeo præscriptis verbis actionem, ad id, vt opinor, vt emptor conditioni satisfaceret, & impleret contractum, vel interesse præstaret: Vlpianus autem ex vendito agi posse putat, tanquam purificata venditione, cum per emptorem steterit, quo minus conditio existeret.

Nisi sint odiosa.] Exceptio hæc nullius momenti esse videtur, neque eam aut textu aut solida ratione probari posse existimo. Et scilicet non à fauore vel odio, sed ex eo, quod pacta vel insunt vel non quæstionis huius decisio petenda est: & vbi pactum contractui inest, eiusque partem facit, fieri non potest, quin ex ratione iuris actio contractus nascatur. Neque vero vllum in eo fingi vel collocari potest odium, quod præscriptis verbis actio, non contractus detur, cum vtriusque idem futurus sit effectus. Neque ex hoc ratio conciliandi textus à Treut. propositos desumi potest: quippe quod Papinian. *in l. 7. d. seru. export.* propter odium pactionis, non actionem contractus tantum, sed simpliciter actionem neget: quod mutat *in l. 6. eod.* in qua specie si actionem contractus negari putat Tr. perspicue errat: nec minus si *in l. 11. d. relig.* ex pacto actionem præscriptis verbis dari existimat. Sed illud præcipue hic difficile, cur in specie *p. l. 11.* pactũ non sufficiat etiam incontinenti adiectum, cum tamen stipulatio super ea re vtiliter interponatur. Nihil occurrit aliud nisi quod ex stipulatione agitur, etiam nihil intersit, sed pacta adiecta actionem non formant, nisi intersit paciscentis: & forte pacta quæ non tam secundum quam contra naturam contractus sunt, quale est ratione rei venditæ, de qua agitur *in d. l. 11.* non facile ad formandam actionem insunt: cui addi potest explicatio relata ab *Accursio in dict. l. 11.* quod textus accipiendus sit de stipulatione pœnali: *adde etiam Gœdd. ad l. 90. d. V. S.*

LIT. D.

Si contra substantiam.] Quæ hic & lit. seqq. vsque ad fin. th. traduntur, parum accurata sunt; quippe indistincte & tanquam generalia proponuntur, quæ sunt specialia. Etenim distinctione hic opus, tum inter naturalia & substantialia côtractus, tum inter pacta quæ aut secundum naturam substantiamue sunt côtractus aut non sunt: tum vel præcipue inter ipsos contractus, an sint stricti iuris an bonæ fidei: an re an consensu perficiantur: pro quorum omnium & singulorum diuersitate, diuersi etiam effectus sequuntur, vt & mox apparebit.

Ea ad exceptionem doli.] Ait si contra substantiam contractus apponantur pacta iniusta ea tantum prodesse ad exceptionem doli. Vbi obscurum est: quid intelligat per pacta iniusta. Nimirum sunt aut ea iure legitima, & illa contraria, & nec ad exceptionem doli prosunt: aut ratione contractus iniusta, (& tamen hoc sensu pacta iniusta in vsu iuris non dicuntur) quatenus essentiam eius offendunt: & hic quoque verum non est, quod tantum prosint ad exceptionem quia etiam alterant & transformant contractus *l. 24. deposi. l. 6. §. 1. d. action empti. l. 80. § vlt. d. contrah. empt.* & in vtrumque casum nihil facit aut probat alleg. *l. 14. d. O. & A.* Sed amplius nulla est hoc sensu membrorum oppositio: quia etiam pacta quæ iusta appellat, siquidem, vt ipse ait, alium contractum faciunt, contra naturam contractus esse oportet. Nimirum in hoc lapsus videtur Tr. quod vt genere proponit, quod speciale & singulare est, quod fortassis respexit *ad l. 11. §. 1. de reb. cred.* vbi pactum ad exceptionem prodest, non ad actionem. Et tamen vbi quæritur, an ex pacto nascatur actio, termini habiles ponendi sunt, vbi pro actore aliquid conuentum est in quibus terminis pactum, de quo *in d. l. 11. §. 1.* frustraneum & inutile est.

LIT. E.

Si iusta, alius erit contractus.] Et hoc quoque non generali, sed speciale est, quia aliquando eiusmodi pactũ inutile est *l. 12. d. precario* aliquando contractũ saltẽ alterat & quasi efficit irregularem *l. 24. & 26. depositi.* quod exemplum adeo male Treutler. huc accomodat. Cæterum de explicatione illarum ll. agitur infra disp. 26.

Quod ex iure non appellatione] colligere licet ex allegato Tiraquell. alienam hic immisceri quæstionem: an videlicet aliquid faciat mens, voluntas & nominatio contrahentium, vt hic vel ille contractus initus censeatur: quod ipse quidem hic male simpliciter negat, contrarius sibi infra disp. 30. thes. 5. hãc quæstionẽ reiiciamus.

LIT. F.

Ex interuallo ita demum.] Idem hic lapsus, qui iam bis notatus. Quod enim hic proponitur, tãtum in contractibus consensu constantibus locum habet. Et tamen proprie loquendo pacta eiusmodi non tã côtractum formant, aut pactorum

R rum

rum ex interuallo adiectorum, sed renouantiũ habent rationem: Et omnino vt loquuntur ICti huiusmodi pactis circa substantialia interpositis prior contractus renouatus, imo nouus constitui videtur *l. 7 §. adeo 6. l. 27. §. 2. vers. idem dicemus h. t. l. 72. inf pr. d. contrah. empt.* Neq; obstat quod *in d. l. 72. in prin.* pacta etiam circa adminicula post adiecta, dicuntur continere contractui: quia hoc ibi non significat formare actionem, sed hoc saltem: ad exceptionem prodesse, & inesse ex parte rei: quod tamen in pactis tantum obtinere detrahentibus, non etiam adiicientibus, ibid. ostendit Papin. Illa sint, quæ leuiorem faciunt naturalem cõtractus præstationẽ, hæc quæ augent, vti rectissime Hottomann. Vtriusque enim & detrahentis & adiicientis pacti exempla ibid. quamuis connexim proponuntur. Ne cautio præstetur: vt cum fideiussore præstetur licet male dissẽtiat *Cuiacius l. 4. obseru. 28.* etiam in hoc lapsu, quod verba, agente venditore, accipit, de defendente & excipiente. Sententia enim ICti hæc est. Quantumuis pactum, quod adiiciens dicitur, citra adminicula ex interuallo factum non contineatur contractu, nec directo vtile sit, fieri tamen posse, vt oblique ad exceptionem proficiat agente venditore. Pone, conuentum esse postea, vt cum fideiussore cautio præstaretur: inutile videbitur pactum, cum actionem formare nequeat. Vtile tamen fiet ex accidenti, si venditor ad pretium nondum solutum agat: siquidem æquum est, emptorem ad solutionem non prius vrgeri, quã secundum pactum conuentum venditor satisdederit de euictione. Porro, vt hoc addamus, circa hanc tractationem ita distinguendum videtur: quod pacta adiiciantur vel vtiliter, vel inutiliter. Priori casu vel transformant, vel insunt. Inesse dicuntur, quæ partem contractus faciunt, & actionem contractus formant, vel ob affinitatem pacti cum contractu vel ob extensionem per officium iudicis. Transformare, verbo generaliter sumpto: dicuntur tripliciter I. Ab initio quasi inducendo alium contractum, cum videlicet repugnant substantialibus, cuius exempla *in l. 6. §. 1. d. act. empt. l. 6. d. praescript. verb.* II. transmutando in alium contractum vicinum, cuius exempla *in l. 20. §. vlt. de contr. empt. § vlt. I. mandati* contra quod obiicitur *l. 12. d precar.* vbi pactum de non reuocando intra certum tempus inutile esse traditur, cum tamen adesset contractus vicinus commodati in quem transformari poterat. Et Accursij quidem conciliationes friuolæ sunt. *Forcat. dial. 3.* contortã & à mente ICti alienam illi loco adfingit sentẽtiam. *Ant. Fab. d. 7. §. quinimo h. a lit. D.* ait quod propter verbum, *precario*, pacto insertum, conuentio illa nõ possit valere, quoniam implicet contradictionem, precarium non posse pro libitu reuocari. Verum ita nimis frigide captantur verba & non facta mentione precarij, commodatum esset citra transformationem & rationis est, vt potentius operetur pactum quam nudum nomen: neque non potest fieri mentio contractus, vbi de eo per pactum transformando agitur siquidem hic de pactis in continenti adiectis tractamus. Nihil aliud occurit nisi hoc, pacta contra substantiã contractus adiecta, nõ semper transmutare, sed tum demum vbi alterius interesse versatur, citra cuius iniuriam aliter statui nõ possit, vt in casu *l. 6. de praescript. verb.* cũ similibus: vel etiã speciale esse in precario, propter vagã eius & incertam naturam. Etenim vt maxime locũ illũ accipias de pacto adiecto ex interuallo, hoc tamẽ ad exceptionem prodest, quæ ibidem negatur III. transformant pacta alterando contractum quod fit cum non adest contractus affinis, & tamen æquitatis ratio pactum seruandũ suadet: quo casu cõtractus fit irregularis *vt in l. 24. & 26. deposit. & l. 31 locati.* His consequenter inutiliter adiiciuntur pacta, cum contractus inest qui nec ea in se recipiat, nec vicinum in quem translatio fiat, habet, neque deficiente officio iudicis extensioni locus est.

THESIS VLTIMA.

LIT. A.

Non ipso iure sed ope exceptionis.] Non recte hoc indistincte affirmatur, siquidem ipse *thes. 9.* tanquam pro regula tradidit, pactis obligationem naturalem ipso iure tolli. Et ergo qui nudo pacto quid promisit, pacto in contrarium facto, ipso iure liberabitur. Sed respexit Tr. ad pugnã quæ est inter *l. 95 § 4. d. solution. & l. 27 § 2 h. t.* quam supra tolli posse diximus distinctione inter obligationem naturalem solam & cum ciuili coniunctam. Est & alia componendi ratio, quod cum non obstante pacto de non petendo, obligatio & actio ipso iure subsistat, fieri non potest, vt ius excipiendi pacto quæsitum, posteriori pacto ita tollatur, vt apud prætorẽ, vbi de construendo iudicio tractatur, proponi & allegari nõ possit: idque est quod *in d. l. 27. §. 2 h. tit.* pacta facti esse dicuntur. Accursij conciliatio, an de obligando an liberando agatur, improbabilis est: vide alias componendi rationes apud *Cuiacium*

iacium in l. §. 2. Zas ibid. & 1. sing. resp. 5. Bellon. 2. supp. 1. Hottom. in tract. d. pact. ins. Alciat. 2. parad. vlt. Coras. 2. misc. 19 Gouea. 2. variar. lect. c. 29. ins.

LIT. B.

Siue emptor siue sit venditor.] Respicit hic ad interpretationẽ *l 34. in prin. de contrah. empta* quæ creditur obstare vulgatæ regulæ iuris, qua traditur, interpretationem pacti obscuri fieri contra proferentem. Ideoque Cuiacius pro *venditor, in d. l. 34* vult substitui, *emptor*: à quo discedit Tr. sequutus Hott. & Forn qui legẽ ibi ab emptore dictam putant, quod longe ante eos *ad d. l. 34.* notauit Accurs. Verũ quia & hoc diuinatorium est, videamus, an regula paulo ante proposita casui *d. l. 34.* recte accommodetur. Æquitas plane suadet, vt in specie *d l 34.* vẽditori electio detur; quia cum seruus partem faciat rei venditæ, venditoris autem si iudicare pretium rei vẽditæ, etiam eius erit dicere quam rem venditam velit, ne alias ipsi per emptoris electionem iniqua conditio inferatur: facit quod *in l. 90. d. contrah empt.* ead ratione dicitur, si conuentum sit, sexaginta dolia ex centũ accessura, venditoris esse dare quæ velit Et igitur regula superior *ex l. 32. h. t. l. d. contrah empt.* patietur limitationẽ, si ratio & æquitas diuersum suadeant: aut ad alia non substantialia contractus, aut potius ad ambiguam orationem & propositionem erit referenda: quale exemplum habemus *in l. 33 d contrah empt. l. 13. qui potior in pign.* & non inelegans *in l. 17. § pend seru. vrb prad.* Si enim venditor dixerit, stillicidia vti sunt, ita sint, hanc propositionem ambiguam cõtra ipsum interpretamur, vt intelligatur, ædes vicinas, debere seruitutẽ ædibus venditis, non autem (quod longe commodius esset venditori) venditas debere vicinis: in quam sententiam fere eum locum explicat Duaren. ibidem

Si pactum vsurarum [Attingit hic explicationem loci difficilis *in l. lecta 40. d. reb. cred.* Equidẽ Lescurius, quem citat & sequitur ad manũ non est: sed, vt habent verba Treut. explicatio ista & obscura satis est, nec caret scrupulo. Ait, *pactum vsurarum de trecenis menstruis.* Obscure hoc dicitur: quia trecena illa menstrua *in d. l. 40.* sortis sunt Ait, *ad 150 &c.* Quæ scil. summa pro 10000. in singulos menses cõficitur Ait *stipulationis pœnalis* &c. Ita loquitur tãquam præter stipulationem vsurarum interposita ibi fuisset stipulatio pœnalis: quod contra se habet. Etenim illam ipsam quantitatem, quæ pœnæ nomine promissa dicitur, appellatione vsurarum comprehendit ICtus, quoniam ea quantitas pœnæ, exacte cõficit quantitatem vsurarum legitimarum XII. in singulos annos: vel I. menstruos in singula millia Hoc enim significat ICtus, dum proposita Epistolæ verba subiici. *Quæsitum est de obligatione vsurarum &c.* id est, quæ in stipulationem fuerant pœnalem deductæ: quæsitum videlicet de modo eas soluendi: quoniam in pacto conuento tantũ sortis & summæ principalis, diuersis pensionibus soluendæ nulla pœnæ siue vsurarum facta fuerat mentio Quod scil. mouerat eum quẽ ibid notat Paulus, vt existimaret pactum conuentum ad sortem pertinere: hoc nimirum effectu, vt ob moram factam integra pœna peti posset. Sed recte hanc opinionẽ improbat Paulus, & existimat, cum vsuræ propter sortem eiusque vsum soluantur, nõ posse ad integras vsuras vel non statim teneri qui non vel nondum debet integram sortem. Et igitur pacto quo diuersa est solutio sortis, vsurarum quoque solutionem & præstationem diuisam esse statuit: ita vt proportione trecenorum & menstruorum etiam vsuræ sint præstãdæ Hæc interim breuiter & obiter, vt in mentem ex tempore venerunt ad eum locum annotare visum fuit: cætera accuratiori meditationi reseruamus Secundum quæ ita dicendum: quod pactum de trecenis menstruis ex sorte refundendis trahatur etiam ad vsuras stipulatione pœnali promissas, licet earum in pacto nulla expressa fuerit mentio facta.

DISPUTATIO VII.
DE TRANSACTIONIBVS.

Respondente

IOANNE ENGELBERTO Thillio Hanouiensi.

THESIS I.

LIT. A.



ONATIO & transactio causa pactorum.] Aut obscure hoc dicitur, aut improprie: cum potius contrario modo sese res habeat, & pactum transactionis causa siue modus trãsigendi sit, siquidem vt docet *l. 2. h t.* transactio sit pacto vel stipulatione: nisi forte Cuiac. per causam intellexit obiectũ.

Generatim transactio omne id.] Hoc neque probatur *ex leg. 2. de iureiurando* cuius hic sensus

 sus

sus est, expressus etiam *ab Harmenop. lib 1. titu. 7. nu* 33. iuramentum esse simile transactioni & eiusdem effectus: neque *ex leg. 1. § quemadm. testamen. aper.* inepte enim diceretur *sine iudice iudicari*: & fortassis eo respexit ICtus, quod non nisi inspectis testamenti verbis transigi potest *l. 6. h. tit.* apertura autem tabularum apud magistratum fieri solet. Plane non valde pugnauerim, ea, quæ iuramento sententia, vel alias decisa & cōposita sunt transacta dici posse: & hinc, si modo à verbo ad verbale recte concluditur generalem transactionis significationem, etiam probari posse ex *l. 229. d. V. S.* cum ipse Forcat. à Treut. alleg ibi verba *transacta finita*, coniunctim accipi velit, & si cum Gœdd. *in l. 230. eod. tit* ea disiunctim sumas: frustraneum fuerit verbum, *transacta*, & quoad verbum *finiti* quod generalissimū, nulla ratio dubitandi: quæ alias hæc est, quod transactio de controuersiis conuentione partium decisis accipi soleat, quam quasi remouens ICtus significare videtur, in clausula ista, *decretis edictis vel SCtis* adiecta, vt *in l. 1. §. vltim. ad Tertull* verbū illud latius & generalius vsurpari. Cæterum apud allegatos *Bart. ad Iason. ad rubr.* C. hic nihil tale, *& Sichard.* hoc tantū, quod transactio generis & speciei nomen sit: vt *d. l. 229. d. V. S* nullum verbum. Sed scil. Tr more suo Gœd. hos ita allegantis fidem sequutus est.

LIT. D.

Pactio.] Genus hoc transactionis non probamus, siue pactio sumatur in genere, & ita fuerit etiam genus remotius, siue in specie. I. Quia omne genus perpetuo & semper inest suæ speciei: atqui in ipse Treut. transactionem non semper pactum, sed aliquando contractum esse tradit. Et hinc II. Quia ita sequeretur diuersas & oppositas species de eadem re prædicari: quomodo quidem Tr. aliquando transactionem in placiti finibus consistere, aliquando in contractum innominatum transire. aliquando statim stipulationem esse plane insubtiliter tradit, post *Borcholt hic c 1 num* 11 III. Quia sequeretur ex accidenti naturam rei mutari. IV. Quia causa non potest esse genus sui effectus, transactio autem fit pacto vel contractu *l. 2. h. t.* Et ergo quærendum est genus, quod perpetuo transactioni inest quod scil recte proponitur *à VVesemb. in parat hic n* 2. vbi definit transactionem, quod sit rei dubiæ & litis incertæ conuenta decisio, vt videlicet per verbum, *conuenta*, distinguatur à decisione iudiciali, quæ fit per sententiā. Et ita sane est, vt transactio sit ipsa rei cōtrouersæ decisio: modi autem transigendi pactum & contractus, & hic siue nominatus, siue innominatus. Definitionem Tr. communiter à Dd. probari, testatur *Delrio ad l. 18. C. h. t. n* 4.

LIT. E.

Attingit hic interpretationem *l. 1. h. t.* quam ita interpungit, vt vno contextu legatur, *qui paciscitur donationis causa.* Eam vero non dubito alienam esse à mente ICti, qui non speciem aliquam pacti, sed pactum simpliciter sumptum transactioni opponere voluit, & transactionem à pacto ita distinguere, quod illa super se dubia, hoc re certa interponatur. Et videtur ibi ICtus præcipue ad pactum remissorum respexisse: quod licet alicuius rei causa non raro interponatur, vt *in l. 41 dict. dall.* tamen quatenus ipsa remissio rei consideratur, gratuitum quid habere videtur: transactio autem natura sua contrario modo se habet. Et ita vt vulgo legitur, contra mentem Treut. *d. l.* accepit Græcus Interpres *in Eclog. Basilio.* περὶ διαλύσεων, vbi in pr. ita reddit *d. l. 1.* ὁ συμφωνῶν, κατὰ δωρεὰν πρᾶγμα δῆλον φιλοτίμως συγχωρεῖ; neque enim verba, κατὰ δωρεὰν, ad præcedens, συμφωνῶν, referri possunt.

LIT. F.

Cum nudum pactum sit de dando] Rarior hæc transigendi ratio est, & vel ideo male transactio pactum definitur: imo fortassis, vbi res subsistit in finibus conuentionis, de dando vel faciendo, nulla adhuc plane transactio est, sed de transigendo tractatio: quia nulla adhuc rei cōtrouersæ decisio, in qua essentia transactionis consistit. idque probatur textu non obscuro *in l transactio 48. Cod h t.* vbi hoc notant Dd. & nominatim Jason instrumētum transactionis valere negat, in quo aliquid datum vel retentum esse, nō fuerit adscriptum. Neque obstat *l. 2. h. t.* quoniā oppositio Aquil. stipulationis facit, vt quod de pacto dicitur, recte de contractu innominato explicetur: quamuis etiam videri possit principium transactionis pro ipsa positum transactione: etenim proprie loquendo etiam non stipulatione sed eam sequuta acceptilatione, transactio perficitur.

LIT. G.

Quæ hic de genere transactionis proponuntur iam sub lit. D. confutata sunt: & quibus etiam eorum sententia refellitur, qui simpliciter definiunt contractum nominatum.

LIT. H.

Nec mutanda lectio] Lapsus hic est memoriæ: quoniam *Petrus Fab.1.semest* 14 nihil *in l.2.h.tit.* Sed in *l.1 si quis cautionibus,&c.*emendat.

Distrahendo negotio dubio.]Verbum hoc posterius superfluum est:quia etiam de re liquida acceptilatio fieri potest, neque minus hoc casu acceptilatio contractus erit.

THESIS II.

LIT. A.

Nudo pacto vel per stipulationem] Equidem iam diximus nudo pacto non transigi & utique tamen insufficiens est enumeratio cum frequenter transactio ita fiat,ut ab alterutra parte aliquid detur vel fiat & ita per contractum innominatum.

LIT. B.

Ab omnibus qui pacisci possunt] Regula hæc admittenda non videtur:quia transactio implicitam semper habet & adiunctam remissionem & dationem: adeoque alienationi cuidam similior est. Et vero Paulus IC. loc cit hanc regulam proponit: quod qui transigere possunt, etiam recte paciscantur: quod verissimum est.

Etiam mutus,surdus,sed per nudum pactum.] Equidem pactum opponere voluisse videtur stipulationi,quam nō contrahit surdus & mutus: eoque,quod alias extra omnem controversiam est,pertinent,*Dd.allegati in l.1.de V. O.* Verum non tantum nudum pactum, (per quod tamen non transigi iam specie dictum) sed etiam contractus innominatus vel maxime hac in materia,stipulationi opponendus est & per hunc recte etiam surdus & mutus transigere possunt.

Pupillus sine tutoris auctoritate.] Hoc non satis accurate aut proprie: quia transactio revera nulla est, quæ tantum in favorem pupilli, quatenus ipsi conducit, favorabiliter sustinetur, sicut etiam ipso iure nulla sententia sustinetur favore ætatis *l. 14. C. de procurator.*

Minor sine autoritate Tutoris.] Ita hæc proponit tanquam eadem hic sit ratio pupilli & minoris: quod tamen falsum est ex ipsius sentētia, qui minorem,¦civiliter quoque putat obligari, de quo actum disput.præced. Et tamen admissa quoque Cuiacij sententia, nolim simpliciter affirmare quod minor recte transigat: quia licet minor promittendo obligari possit, non tamen remittere litem nec discedere a lite, nec ut discedatur, aliquid dare poterit: quia hæc non nudam obligationem,sed alienationem,& administrandi ius concernunt.

Etiamsi iurata fuerit transactio.) Quæstio hæc altioris est indaginis & quam difficilem faciāt *l.1 cum authen.seq. C si advers. vend.* eiusque tractandæ sedes est *disp.11 th.9.* Est autem quæstio duplex: an iuramentum tollat beneficium restitutionis: an etiam alia remedia iure communi maioribus concessa, in illa olim discrepantes fuerunt opiniones Martini & Bulgari, quorum alter Dd. constitutiones de contractibus ipso iure validis,alter etiam de invalidis accipiebat, id est à minore sine curatore celebratis: quia ex communissima veterum opinione hi contractus habentur pro nullis: à qua opinione cum & hic & disp. præc. diversus Tr. contractū eiusmodi ipso iure valere contendat, difficulter vim dd. const. restitutionis beneficium poterit excludentium evitare,¦eademque de causa male adducit *l 5.C.d ll.*Licet etiamsi Martini sequaris sententiam, parata tamen sit responsio *ad d.l.5.* quod ibi agatur de contractu nullo vel per qualitatem obiecti, vel per defectum qualitatis intrinsecæ, ut notant *Salicet. & alij in auth. sacramenta, C. qui adv vend.* De altera quæstione videlicet an per iuramentum minor excludatur à remedio *l.2 .C.de resc.vend.* tractāt *Cyn.ibi n.6. & Salic.n.6-15.*qui negantem sentētiam hoc argumento defendit, quod minor tātum iurasse videatur super remedio, quod ipsi beneficio ætatis indultū est: ut appareat. Treutlerum qui neque inter læsionem simplicem & enormem, neque inter remedia maioribus & minoribus competētia distinguit, male *Cynum, Salicet. Bald.* tanquam assertores suæ sententiæ advocare sed ille scilicet eos allegavit ex *Gail. 2.observ 41* apud quem an necessaria sit certior ratione ec ne, disputatur. Sed pluribus de his agemus infra *d.disp.11.*

Super iniuriis vel morte patris.] Hoc non videtur congruum transactionis obiectum, nisi post litem contestatam actionem in filium trāsiisse, aut de novo post patris mortem actionem filio quæsitam proponas. *ut in l.17.de iniur* Cæterum restitutio respicit læsionem in re pecuniaria, quæ hic principaliter nulla. Et quoad pacem faciendam respicere Dd. videntur, ne alter alterum offendat, & ad mores Italorum, qui acerrime hæc vindicare & persequi solent.

LIT. C.

Etiam procurator omnium bonorum.] Pro hac sententia facit *leg.17. de iure iurand. & magis l. 12. de pactis* quibus locis hunc procuratorem & iuramentum deferre, & de non petendo pacisci

posse probatur. Sed in contrarium mouet, tum ratio quod ius hoc transigendi excedere videtur potestatem procuratoris: tum textus *in l.60. de procurat.* ad quem emendatio Cuiacij sapere non potest. cum regulariter omnis transactio decidendi causa fiat: neque *l.46 §.vlt de adminis.tutor*, satis idoneum huic emendationi fundamentum præbere potest. Adhæc expedienda Dd vulgo distinguunt inter mandatum generale cum libera & sine libera: quæ an probanda sit nec ne, videbimus infra *disp.27.th.5* eam non probari Tr apparet ex allegatis *Duaren. & Donell.* qui locis citatis vulgatam istam distinctionem improbant Ea autem non admissa, nihil aliud habeo quod dicam, nisi hoc mandato generali quædam contineri recta & simpliciter, quædam vero quasi in subsidium & in casu necessitatis, vti transigere, ius iurandum deferre &c. Nimirum plus iuris habet tutor: quã quicunque tandem procurator: & tamen facultas iuramẽti deferẽdi *l.17.§.2.de iureiur.* restringitur ad casum, quo omnes aliæ deficiunt probationes *l.35.eod.* Inverso modo, quod procuratori ius transigendi negatur, limitabimus, nisi ob rei incertitudinem ipsa domini vtilitas hoc exposcere videatur, & ita ius transigendi tutoribus consensum *l.54 § ult. & l.56.§.de furtu.* limitatur *in l.46.vlt. d adminisstr.tut.* Ad eundem modum non donationis causa, sed vtiliter, ut quid aliud accipiat, paciscendi ius procuratori concedemus *arg.l.2.8 §.1.de pact.* vbi ius paciscẽdi de non petendo agatur curatori, qui plus iuris habet quam procurator. & *ibid in §.2 in fin.* pactum mere remissoriũ, ab alio distinguitur. Etenim nulla est, quam *Ant. Fab. in l.15.de pact.* reddit differentiæ ratio, quod procurator mãdatum gerendi a domino habet: quoniam non de mandato sed quam late ex sententia mandãtis illud extẽdatur, quæritur: & ex diverso plus tutores habent, quibus plenissima administratio à lege & magistratu concessa est, adeo vt etiam in iure nostro passim pro dominis haberi dicantur: & differentiam istam ipsæ leges aversantur. quę tutoribus transigendi & iusiurandũ deferendi potestatem faciunt.

Procurator Cæsaris ita demum.] Simpliciter hoc negant *Bl. & Castren. in l.13.h t.* sed ut Tr. distinguit *Glo. ibid* & post eam *Br. & Ias.* qui eam Glo. communiter probari testatur. Addit autem Br. nec rem cõtrouersam ab illo possessam per trãsactionem remitti, sed tamen aliquid dari posse aliud: idque & Ias. probat, & sequitur *Tiraq. de retr gent §.1.Glo.14.n.67.* Atqui etiam ita alienat transigẽdi causa, quod ei permissum nõ est. Et quantum interest, an retineat rem controuersam, & aliquid det aliud: an remittat rẽ ab alio possessam, & aliquid pro ea accipiat. Ideoq; ego cum Castr in hærebo textui generali *in l 13. h.tit.* & inconsulto principe procuratorem Cæsaris non posse ullo modo transigere statuã. Plane si transigẽdo vtiliter rem principis gesserit, eam transactionem a principe acceptari & ratã haberi posse facile admittã. Verũ hoc modo & pupillus & minor trãsigere possunt: & illi demũ trãsigere posse dicẽdi sũt, qui ita possũt, vt parti adversæ actio, aut cõsento quæratur exceptio.

Prælatus in præiudicium.] Ergo idem hic quod in procuratore Cæsaris, quia in huius quoque præiudicium transigi ab illo non potest: & recte hoc coniungit *Bartol. in l 13. h.t.* male autem separat Treut.

LIT. D.

Syndicus ciuitatis Apud *Salicet. & Bart. in l. 14. C h.t* & *in l.14.* siue ut eum allegat *VVesemb. in l. 12. de nouat.* nihil plane hac de re. Sed est sedes quæstionis *in l.prases 11.C.h.t. ex qua & D. ibid.* sententia nostra probatur. Videri possit de hoc statuendum ex forma mandati, quod si quidem habeant generale, quale eos à lege habere solere tradit *Gail. 2. obseru. 72.* idem de ijs quod de procuratore generale sit statuendum: ita vt nisi super re plane dubia, & vbi aliæ deficiunt probationes, transigere non possint. Illud enim cõ
certe, ambigue & incerto dicitur, quod Syndicus transigẽs non possit remittere ambitiose rẽ liquidam: aut certe ita dicitur, vt ad quæstionẽ propositam faciat parum, si quidẽ remissio iuris liquidi, à transactione omnino est aliena & remota: estque illud positum extra omnem aleam dubitationis: & ita remittens Syndicus transigere dici non potest. Frustra autem allegatur à Tr. tanquam contraria sibi *l 5. C. de vsur.* & ad eam peius respondetur, quod ibi sit res dubia: vel quia vbi de trãsactione quæritur necessario res dubia præsupponenda est: vel potius, quia ad quæstionem hanc ista lex omnino nõ pertinet. Proponitur enim ibi quod tacita acceptio ex solutione longi temporis minorum usurarũ, debitori quæratur, etiam cõtra civitatem. quæ hic utitur iure privatorum: si videlicet, nõ Sindici, sed defensores atque ita magistratus civitatum minores (ipsa enim civitas non potest) longo tempore acceperit vsuras. Verum hoc alterius quæstionis est an ciuitas læsa hoc nomine re-

ne restitutionem in integrum petere possit, de quo agitur infra *disp. 11. th. 8. lit. H.*

LIT. E.

Tutor vel curator transigẽs]Verissime ait *Gail. 2. obseru. 72. n. 9. inf* valere transactionem tutorum, vbi de iustitia pupillorum dubitatur plurimum: id est, vbi dubius & incertus litis exitus aliquid accipere vel remittere suadet potius quam de toto venire in periculum Treutlerus autem rem obscuram magis reddit, dicens tutorem transigentem non posse donare vel alienare Equidem donatio à transactione plane aliena est: circa alienationem distinguendũ est an rem cõtrouersam possideat pupillus, an aduersarius: hoc casu decreto opus non esse puto, sed illo demum: & eo tamen quodq; rectè trãsiget tutor, sed decretum, vbi de actuali transactione agitur, interponi curabit. Potest etiam citra alienationem talem, transactio à tutore fieri *v.c.* remittendo actionem dubiam, & aliquid pro ea accipiendo licet D d. cõmunius etiã, vbi de actione pro re immobili quæritur, decretum iudicis requirere videantur *Bl. & Castren. in l. præses 12. C. h. t.*

Itaque in re dubia minor] Frigida videtur hæc illatio, cum quod sequitur à quæstione præcedenti sit omnino diversum. Amplius nulla etiã videtur ratio dubitandi, siquidem rem dubiã, & minorem cum curatore transigentem, & insuper de simplici pace faciẽda Treut, proponit: cum præsertim verius sit, nec in illis transactionum speciebus, quibus de remissione iuri, alicuius agitur, opus esse iudicis decreto, nisi vbi de alienanda aliqua minoris re tractatur. Et adeo putarim defendi posse, etiam sine curatore recte minorem pacem facere posse, cum ex sententia Tr. etiam sine curatore ciuiliter obligetur. Cæterum pacem proprie faciunt reges & principes, vbi inepte de decreto iudicis quæritur: sed scilicet, vt paulo ante notatum, ad mores Italos quæstio hæc formata est.

THESIS III.

LIT. A.

Negat hic patri ius transigendi circa bona filij etiam in potestate. Atqui absurdum videtur plus iuris esse tutori cui iure transigendi potestas concessa est. quam patri qui & legitimus administrator vsufructuarius est, & ad quem mortuo sine liberis filio proprietas aut integra aut pro parte est præuentura. Non obstat, quod qui plus præstat cautionis plus iuris habere debeat, quia hoc procedit in eodem genere personarum, & vbi nihil est quod in altera persona exæquat vel etiam superat satisdationẽ, cuiusmodi est ius potestatis patriæ, & reuerentia à filio patri debita: quæ cũ suaserint remitti satisdatione nõ debet ipsius ius circa administrationem minui. Et suavis ratio est, quam ex Cuiacio affert Tr. ne fructuarius possit lædere aut interuertere proprietatem: quia ita tutori, procuratori priuati aut Cæsaris Syndico, prælato, etiam, & multo magis omne ius transigẽdi negaueris Verũ sicut hi in re dubia & incerta bona fide recte transigũt ita & multo magis posse dicemus patrem. Sed obstare creditur, quem etiam adducit Tr. *l. fin. §. 3. Cod. de bon. qualib* vbi etiam in mouenda à patre actione consensus filij requiritur. Resp reuera ineptam esse hãc obiectionem: quia vt quæstioni nostræ locus esse possit termini habiles ponendi sunt, videlicet. filij in ætate prima constituti, quorum frustra requiratur consensus, quorum etiam in eod. §. 3. quoad mouendam actionem consensus non requiritur. Et ergo hoc casu pater non minus quam tutor recte transiget, neque aliud fecisse credendus est Accursius, male *à Cuiac. Ant Fab. in l 10. h tit. & à Tr.* hic reprehensus *& Castren. quoque Bl. & alij post Accur. in l præses, 12. C. h t.* id notant saltem, quod non æque in alienandis rebus à patre, ac à tutore, requiratur iudicis decretum, quod communiter teneri ibidem notat Iason ipse tamen contrarium probans. Consequenter nullius momenti est limitatio ab eod. Fabro ibid. sentẽtiæ Cuiac. additæ, vt vid. pater transigere possit bona fide: quia aut ponimus filios eius esse ætatis, vt consentire nõ possint, & frigida limitatio est: quia qui nõ nisi in casu dubio deficiẽtibus probationibus trãsigere potest, cum bona fide transigere oportet, alias esset nõ transactio, sed circũuentio: aut eius ætatis, cuius cõsensus iuxta *l. vlt. de bon quæ lib.* requiritur: & limitatio falsa est: quoniam qui ad actionem mouendam necessarius est cõsensus, idem multo magis in transactione requiretur.

Nisi forte in ijs causis] At qui hic nulla videtur ratio dubitandi. Cæterum quid intelligat, ex subiecta distinctione petendum est, inter alienationem necessariam vel voluntariam Vbi tamen duo desiderari possunt. I Quod illa distinctio, quæ petitur *ex l. vlt. §. 3. & 4 C. de bon. qualib* male ad transactionem accommodatur. II. Quod hinc efficitur, pro ijsdem habenda, transigere posse: & alienare posse, quod falsum est cum citra alienationẽ præsertim rerũ immobilium, sæpe fieri possit transactio. cæterum vbi

de alie-

de alienatione eiusmodi quæratur, non nisi imperfecte transigere possit, qui ius alienandi nō habet. Et hac admissa explicatione magis etiam tutori ius transigendi sit negandum. Et igitur, ut ante dictum decisio quæstionis inde petenda est, an causa sit dubia, alia que deficiant probationes, ut videlicet hic pater transigendo aliquid dare vel remittere possit, etiamsi res illa sit immobilis: quoniam hoc casu decretum non requiri verius est, ut notat *Tiraquell. d. retract. gentil. §. 1 Gloss. 14. nu. 66. & 67. VVesemb. consil 70. num. 113* Illa alia quæstio est quam implicite hic proponit Tr. tractata *à Dd. in l. præses 12. C. h. t.* an pater res immobiles filijfam, possit alienare sine decreto: quod communiter affirmari à Dd restatur Iason. *in d. l. 12.* ipse autem nec ibi de transactione disputat, & sententiam illam communem Dd. improbat, male adeo inspectu sa Tr. Cæterum distinctionem suppeditat *l. ultim. C. de bon. qua lib* quæ non tantum in casu necessitatis, urgente ære alieno, sed etiam utilitatis, si possessiones sint steriles vel sumptuosæ alienationem permittit: & quidem, ut existimo cum Dd. contra Iason. sine decreto: quia ut verba ibi habent, committitur id pietati paternæ. Neque captandum est verbum *rite*, quo in *d. §. 4.* utitur Iustin, & de solennitatibus decretoque explicandum, cuius alias in tam verbosa constitutione mentionem fecisset Iustin *& ille* scilicet nihil aliud significat, quam illis casibus patrem res immobiles recte vēdere posse: & sane æquum est plus hic permitti patri quam tutori, inter quos triplicem rationem differentiæ ipse assignat Iason.

LIT. C.

Sicut nec de dote filia.] Nihil hoc ad confirmationem præcedentium facit: quia filia hic persona habilis est, quæ consentire queat: in quibus terminis consensum filiorum requiri, iam ante diximus.

LIT. D.

Aliud est in vasallo.] Iterum hic cuiusdam limitationis vice adijcit verbum, decidendi, sine quo tamen nulla fieri potest vera transactio. Apparet autem ex allegatis, probari à Tr. distinctionem Doctorum, quam refert *Tiraq. de retract. gentil. §. Gloss 14. num 66.* & probat *VVesemb. consi. 70. num. 13.* an vasallus possideat feudum, an adversarius, ut scilicet transigendo feudum quod alius possidet, remittere, non autem à se possessum in alium transferre possit. Sed dubium movet quod *in c. un. de contr. int. vas. & alleg.* & in cap. si vasallus, *si de feudo def. cont.* permittitur vasallo transigere bona fide etiam in præiudicium domini, etiam sine huius consensu, non tantum si agat, sed etiam si conveniatur. Atqui hoc casu non nisi aliquid in actorem transferendo de feudo, in præiudicium domini quid fieri potest: & liquidum est, quoad alienationem rerum non feudalium, domini consensu nullo modo opus esse: ut proinde rectius fortassis *Schenck in d. cap. si vasallus* simpliciter ius transigendi vasallo cōcedat. Licet quidam distinguant, an de transactione cum alio convasallo an plane extraneo agatur.

THESIS IV.

LIT. A.

Etiam super status quæstione.] Transactionem tantum admittit hic Accurs. si hoc agatur, ut quis maneat vel relinquatur in libertate: quem sequitur Bart. (male a Tr allegatus *in l. ultim. C. h. t.* ubi ait bene sentire Glossam sed eum hic singularem esse ait Iason ibid. & communiter receptum valere etiam transactionem ut sit servus: & ita sane statuunt *Cynus, Bald. Salicet. & Castren. d. l. ultim.* verum ita valere transactionem, ut ius asserendi se in libertatem, præcidatur, ex illis statuit nemo? nec Iason male à Tr. allegatus: & recte Salicet. valere transactionē ait etiam contra libertatem dubio stāte & perseverante: sed eo redacto ad certitudinem, rescindi transactionem, vel retro declarari nullam. Et sane perquam fuerit durum, repertis postea novis instrumentis & probationibus, ius proclamandi in libertatem negare, cum libertas sit res inæstimabilis, neque adeo transactio hic inita aliarū super re pecuniaria transactionum iure possit censeri *arg. l. 13. Cod. h. t. l. 9. C. de lib. caus.* Neque obstat *l. ult. C h. t.* ex qua transactionem valere probatur, sed proclamatio in libertatem non negatur. Non obstat etiam argum. à re iudicata: vel quia multæ inter hanc & transactionem sunt differentiæ & facilius est, ut sententia præiudicet libertati, quam privata conventio: vel potius quia etiam contra sententiam iteratam servus olim in libertatem asseri poterat: quam assertionis aut assertoris difficultatem sustulit Iustin. *in l. 1. C. de assert. tollend.* sed non ipsam in libertatem proclamationem.

In causa status Monastici] Vide *Dd. in d. l. ult. C. h. t.* qui fere decretum Episcopi desiderant; idemque communiter ibidem in quæstione sequente de causa matrimoniali distinguunt, an pro

pro an contra coniugium transactio interponatur: *Beust p.1 de spons. cap.29. vbi cap.30.* ponit formam transactionis cuius meminit Tr. super stupro, non tamen criminaliter intentato, quo casu transactioni locus non est iuxta *not. th.5.*

LIT. B.

Etiam post conclusionem in causa.] Ratio manifesta est allegata à Tr. quod res nondum sit liquida, neque nisi absurde & inepte dissentire quis possit. Treutlerus autem in ijs quos pro & contra allegat sequutus est fidem *Deitro ad l.18. C.h t.n.175* hic autem illis quos vt dist. adducit, iniuriam facit, & falso citat *Bart. in l. si mater. de re iud Castr. in l. si rē alienam, §. vlt. de pign. act. Bald.* tanquam sibi contrarium *in l.7. & in l.1. h.t.* (vbi nihil de conclusione in causa, sed hoc tantum dicit, quod transactio locum non habeat, si res sit liquida per instrumentum, idque ex eo tradit *Alex. vol.2. cons.62. in fin.* & idem de instrum. habente paratam executionē post Bart. & alios tradit *Ias. in l. si causa, 32. C h t*) *Gomez. de delict. c.3. n 68.* vbi nihil aliud scribit, nisi quod post rem iudicatam non transigatur. Et vel hinc argumentum sumere licet, quantum allegatis Tr. sit tribuendum.

LIT. C.

Non post rem iudicatam.] Frustra obijcitur *l. si causa, 32. h.t.* quoniam per Aquilianam stipulationem ius etiam liquidum remitti potest, sed non tanquam per transactionem: quomodo cū locum post Accursium recte explicant *Salic Ias. & alij ibidem*, eoque ipso satis condemnant infelicem Donelli, quam Tr. pro se adducit, emēdationem, qui in *d.l.32.* pro, *si non*, legit, *quia*.

LIT. D.

Pactiones fieri posse.] Probo hoc, vel ideo, quod sententia *l 6. h. t.* contineat aliquid singulare, proinde quam minime extendendum: &, vt *Castr. & Ias.* notant, qui transigit, accepto forte minimo pro magna summa, decipitur: qui vltro totum remittit, non decipitur.

LIT. E.

Nisi inspectis testamenti verbis] Etenim vt Dd. notant, ad solennitatem huiusmodi transactionis pertinet, vt testamenti verba inspiciantur: idque verba *l.6. h t.* aperte præ se ferunt, iuncta *l.1. §.1. quemad testam. aper* Sed in Æmilio Ferreto, quem refert & sequitur *Cuiac in l.1 h. t.* absurdum videtur, cum nihil prohibere videatur, quo minus quis, etiamsi non inspexerit verba testamenti, aliquo accepto, transigendo ius suū remittat: ideoque censet Cuiac. *dict. l.6.* sententiam, si ad conuenta referatur, esse falsam, & in hoc lapsum Tribon quod cum Caius *in d. l. 1. §. 1.* verbo, *transigi* per translationem fuerit vsus, vt illud referret ad iudicata, hoc etiam transtulerit ad conuentiones. Sed recte notat Cuiaciū *Ant. Fab in d.l.6.* siquidem verba Caij non posse transigi sine iudice, de iudicato intelligi non possunt: cum absurda & inepta locutio sit, non posse iudicari sine iudice Ipse tamen Faber sententiam *d.l.6. h t.* absurdam sibi videri ait, eoq; sic eam accipit, vt Caius, quem non recte ceperit Tribonianus, hoc tantum, non nisi inspectis verbis commode transigi posse senserit. Ignoscendum Dd. plane est, apud quos nunquam vapulat Tribonianus, si ex verbis *d l.9.* non potuerunt elicere aliam sententiam: cuius tamen nō vsq; adeo ineptas afferunt rationes. I. Quod hoc statutum sit odio testamēta occultantium, & *inde* lucrum captantium. II. Quod publice intersit exitum habere supremas voluntates, quæ alias per huiusmodi transactiones circumuenirentur. III. argum. præbet ratio prohibitæ transactionis super alimentis futuris. IV. Trāsactio eiusmodi reuera transactio nō est, cū obligatio ex testamēto non ex facto meo, sed alieno descendat. Neq; obstat *l. non est 12. h. t.* quoniā ibi apparet factam fuisse copiam inspiciendi: neq; vero excusari debet supina negligentia eius, qui postea: totum testamentum à se non inspectum fuisse, causetur.

Quam ita extendi recte puto.] Errat hic Accurs. *in l.3. §.1. h t.* probatus etiam à Bald. *ibid. & in l.6. h t.* quos recte reprehendit Iason. *in d. l. colum. 2.* vbi mirari se ait errorem istum, cum expressum sit *in l 1 §. 1. quemadm. testam. aper* quod in iudicio nisi inspectis testamenti verbis veritas inquiri non possit: & sane fatuus ille iudex fuerit, qui pronunciet non inspecto testamento, à quo tota vis causæ & intentionis dependet: & ergo errat Treut. dum hoc putat fieri per extensionē.

An huic inspectioni renuntiare.] Vnus hoc affirmat Accursius, à quo dissentiunt cæteri omnes, vt testantur *Castren. in dict l. 6. & ibid. Iason col. 4.* qui post Bart. ibid. multis rationibus sententiam negatiuam confirmat.

Nisi iuramentum interuenerit] Rationem addit Treut, quia tunc esset conuentio contra bonos mores ciuiles tantum. Quod insubtiliter & incongrue dicitur. Voluit aut debuit dicere, valere iuramentum, quia renunciatio illa cui accessit iuramentum tantum sit cōtra bonos mores iuris ciuilis. Videtur autem existimare Tr.

S quod

quod iuramentum hoc etiam iure ciuili sit obligatorium: quod secus videtur, tum per textũ generalem *in l.5. Cod. de legibus.* tum quia sicut iure canonico valet iuramentum contra bonos mores iuris canonici, ita nec iure ciuili valere debet contra bonos mores illius iuris. Et ita videntur sentire Dd. ex quibus hoc late disputat *Iason in l.5.h.t col. 4.* & sententiam illam confirmat autoritate iuris canonici ex *cap. cum contingat de iureiur.*

An in testamento nuncupato] Respondet Tr. non habere locum in isto testamento, nisi aliũde litigatoribus non constet &c. Atquin ita quæstio est de indubitabili: quia etiam in casu testamenti scripti, si de relicto constet, dispositio *l.6.h.tit.* cessabit. Plane si sequamur τὸ ῥητὸν in testamento nuncupatiuo, quod nudis verbis & voce nuncupatur, hic constitutioni locus esse non potest, nisi per transactionem, vt transigi non possit, nisi examinatis testibus, & cognitis testificatis. Hodie plane, cum & hæc testamenta per Notarios in scriptum redigi soleant, etiam de inspectione quæri potest.

LIT. F.

Futuris dico.] Ait de præteritis agi non posse, ideo de ijs licite transigi. In quibus oportet esse errorem typographicum: quia & antecedens falsum, & connexio inepta est: quia vbi nulla est actio, ibi nulla quoque est transactio.

Aliud in alimentis per contractum] Rationem ex Dd. reddit *Iason. in prin. l.8.h.t. in 7. notab.* duplicem: alteram à fauore vltimarum voluntatum, alteram quod hic alimenta habeat quis ex prouisione testatoris, sed ex causa contractus habeat ex prouisione propria: & ille quidem ita habet ex testatoris prouisione, vt testator ea semel præstari noluerit, ne postea egeret alimentarius: nec diuersa ratio affertur à Duar. *1. disp.44.* Cæterum Robert. *4 ver. sent. 19* casum proponit singularem, quo verbi causa pater à tertio filio suo alimenta stipulatus est: ideoque rationem & à legatarij & ab vltimarum voluntatem favore coniunctim putat esse desumendam, & tamen forte quis tentauerit, etiam isto casu post mortem patris filium non recte super alimentis futuris transacturum. Tr. autem rationem obscure & incongrue, imo incongruam proponit, quod promissor sibi consulere censeatur, vt diuisis pensionibus soluat: vel quia hic non de interesse promissoris, sed stipulatoris quæritur: vel quia adæquata transactionis prohibitæ ratio non dependet à diuisione præstationum, multo minus ex eo, quod alimenta pro omissa diuisis pensionibus præstantur ad validitatem transactionis concludi potest. Quod sequitur, *vnde alimentorum, &c* ex præcedentibus non infertur, & tanto minus videri debebat stipulatio vna siquidem hoc ipsum actum vt divisæ essent pensiones.

LIT. G.

Ne quidem iurata talis transactio valebit.] Desiderauerit quis merito hic iudicium Tr. qui paulo ante lit. E inspectioni iuramento renuntiari posse dixerat, quod ibi tantum offenderetur ratio iuris ciuilis. Quæ ratio etiam hic militat, cum transactio mera eaque noua lege: ciuili improbetur. Decidendi quoque ratio subiecta, quod aliud sit iusiurandum seruari, &c. nullius momenti est: quia idem dicam in dicta quæstione lit. Et, cui si applicetur hæc distinctio, sequetur, renunciationem per iuramentũ non confirmari: & ita leges verbis nõ rebus imponentur: & inepte quis negat transactionem iuratam valere, qui iusiurandum præstitum seruandum ait. Cæterum, quoniã, vt dictũ. actus iste mera lege ciuili improbatur, non statuerim contra Tr. ipsum actum iuramento ex ratione iuris canonici confirmari: eum præsertim verius sit, in genere quibuscunq; actibus iuramentum licite adijcitur, eos iuramento conualidari, vt probatum *disp. prac. th.7. lit. D.* vbi notatis adde *Nattam in c. quamuis, n.72. notib. 4.* facit quod ipse Tr. hac ipsa thesi lit. I. in fin. (vbi istam quæstionem vitiosa tautologia repetit) eorum sententiam, qui transactionem iuratam valere putant, iure canonico veriorem esse cõcedit.

LIT. H.

Non tamen arbitri] Procul dubio vera hæc sententia est quod passim *in l 8.h.tit.* & precise prætor & decretum prætoris requiratur. Neq; reperio hinc dissentire *Iason. in tota hac l. 8* quin imo ipse *in § si prætor* cognitionem super alimẽtis mixti Imperij esse, & nobili officio iudicis expediri tradit: cuius generis quæ sunt, cum ex notissima Doctorũ sententia mandari non possint, multo minus coram arbitris ea expediri posse concedent. Et reuera inepta fuerit collectio, arbitria sint redacta ad instar iudiciorum: ergo arbitri super hac transactione cognoscere possunt: siquidem hic frustra iudicem dederit prætor.

LIT. I.

Id tamen ad alienationem rerum Ecclesiæ, &c.] Quæstio hinc videtur aliena, & manifesta diuersitatis est ratio, quod alienatio eiusmodi rerum

rum simpliciter prohibita, hæc autẽ transactio, si melior sit facta alimentorum cõditio, express-se admissa & confirmata. Eadem ipsa quæstio proposita est *disp.prac.th.5 lit. E.in fin.* non valere alienationem rerum minoris, etiamsi huius conditio facta sit melior. Vbi tamen notauim' ex Simoncello, effectu ipso validitati alienationem: vel quia prætor in fauorem minoris facile supplebit solennitatẽ decreti: vel quia etiã citra decretum minori vindicanti rem obstabit exceptio per textum expressum *in l.si fundus,§.1.de reb.eor. &c* per quem hoc notat & probat *Accurs.in l 8.§ 6.h t.* male à Tr. improbatus.

Imo nec ad dote]Ex verbis non facile quis ceperit mentem Treut & cõnexio cum præcedd. videbatur arguere hoc velle Tr. quod alienatio rei dotalis nec cum vtilitate vxoris valeat. Verum Salicetus quem allegat *in l.28 Cod.de pa. n.3.* aliam plane quæstionem tractat, & ab hoc loco alienam: an constitutio *l 1.C.de fidei comm.* vt qui per triennium tanquam ex testamento præstitit legata, porro ea prestare teneatur, habet locum etiam in dote: quod scil. negat. & obiter saltem, ad ostendendam differentiam alimentorum & dotis, hoc addit quod super illis prohibitum, super hanc autem transigere sit concessum. Probationes *ex l.32.in fin.C.de appell.* & maxime *ex l.14.§.1 de aliment. legat.* omnino sint alienæ.

Idem de pacto dicimus] Probatio ex Paulo petita nihil concludit, vel eo argumento quod ipse lit. D. admittit pactionem in specie *l 6.h.t.* vbi nulla tamẽ trãsactio est & sane ratio dubitãdi est contra Tr quod in pacto videtur cessare ratio, quæ in transactione prætorem requirit, ne videlicet circumueniatur alimentarius, & modico præsenti contentus magni pretij alimenta remittit, quæ nõ militat in remissione, cũ cuilibet liberum sit, quod sibi relictũ est, repudiare: vtiq; prætor super pactione frustra adeatur aut cognoscat casum quæ sc. Marci oratione requisita, nonnisi in transactione habent locum.

THESIS V.

LIT. A.

Proponitur hic intricata disputatio ad *l.18.Cod. h.t.* in quam scripserunt multi ex veteribus & recentioribus, quorum catalogum texit Delr. Quia nos eo tractationis series trahit, quædam cum Tr & contra eum sed paucis dicemus. Ait initio hanc legem non in reum, sed in actorem transig ntem conceptam esse: quæ opinio paucorum est, contra quam duo præcipue faciunt. I. Quod cum ipse Tr. lit. B post Dd. communiter omnes rationem permissæ transactionis *ex l. de bon.eor.&c.* petat, ea vtique loquitur de reo. II. quod cum ratio prohibitæ transactionis in criminibus non capitalibus nulla alia sit, quam ne persecutio iudicij publici priuatorum conuentionibus omittatur & remittatur, cum accusator dictando iudicium publicum non interesse suum sed, Reipub. se pro se qui profiteatur: hæc ratio, quæ æque & magis militet in capitalibus, in his excluditur sola fere ratione miserationis, quæ principaliter non accusatori, quem propria voluntas duxit ad accusandum, sed reo debetur. Attamen pro Tr. duplex etiam ratio militat. I. Quod alias nulla excepti adulterij commoda potest dari ratio, sed ea ex parte Accusatoris satis commoda datur, de quo lit. C. II. Quod explicatio verior vltimorũ verborum, *citra falsi accusationem*, quam Tr. sequitur *lit. F* hoc omnino, vt hæc constitutio ad accusatorem referatur, desiderare videtur, de quo D. lit. F. Et possit forte dici per consequentiam hoc etiam tra slatum ad accusatorem, vt impune transigere posset, de eoq: consultos respondisse Impp. verior enim est sententia, quã probat *Sich. hic & Delrion 65.* vbi eam testatur esse cõmunẽ, quod etiam prima pars huius legis pertineat ad accusatorem, ita vt ne quidem incidat in Turpillianum: licet aliud videatur *Cyr. in d.l 18.n.16. Castren.ibid n.5. Bart.n.7. Salicet.n 4.* qui à pœna talionis saltem liberant accusatorem, propter calumniam sustinendam, sed non à pœna tergiuersatoris, & Turpilliani. At enim nec omnis calumniator pœnam talionis sustinet: & ita beneficium hoc inutile futurum esset reo, nũquã transacturo actore, si pœnã tergiuersatoris sibi sciret esse subeundam. Quamuis & hoc verum sit, veram & propriam hic nullam esse transactionem, sed, quod docet *l 1.de bon.eor.&c.l. ult. de preuaric.* non liberatus reus pecuniam aduersario dans, sed ei tantum ignoscitur *d. l. 1.* vt ne habeatur pro confesso, quippe cum aduersariũ corrumpere dicatur *d.l. vlt. h t.* quæ vt transactio hunc tantum effectum habeat, ne reus sit pro confesso am olim fuit sententia *Iac. de Arena relata à Cyn. hic n.14.* Omnia enim crimina capitalia obiectum transactionis non sunt *arg. l.7.§.si pacisc.de pact.* & miserationis ratio, quod de vita hominis agatur, istã suasit præsumptionem, vt reus nõ conscientia sceleris, sed potius grauitate periculi territus ob dubiũ iudicij euentũ, pecuniã aduersario dedisse intelligatur.

An vero ante vel post.] Distinctionis hic propositæ primum membrum est, quod vtroque tempore in sanguinariis liceat pacisci gratis. Ubi duo notãda videntur. I. Quod tantum meminit rei, cũ tamen in accusatore ita ius sit, vt post iudicium cœptum & gratis, & accepta pecunia omittere accusationem possit. Cæterum in casu nondum cœpti iudicii, vbi quis accusationem minatus est, ego quidem distinguendum existimauerim inter delicta, non an sint sanguinaria necne, sed an in iis ciuilis persecutio cum criminali concurrat. In illis remissioni gratuitæ locus est, non transactioni, quod hoc incidat in crimen concussionis, vt quis minitando accusationem alteri extorqueat pecuniam. In his etiã accepta pecunia remittri actionem posse concedam, sed ab eo, qui etiam ciuiliter agere potest: quia vtcunque hic accusationem criminalem fuerit meditatus & minitatus, attamẽ postea accipiendo pecuniam consilium mutasse, & eam, non pro persecutione criminali, sed potius pro interesse suo ciuili accepisse creditur. Ex quo explicari potest difficilis locus, (in quo etiam laborat *Matth. Klock in praeparat. hic cap.*) *in l. 1. §. 3. de calumniat.* vbi permittitur in publicis caussis accipere pecuniam citra sordidam cõcussionem. Secundo notari potest, quod tantum meminit pactionis gratuitæ, cum vtroque tempore in sanguinariis præsertim, & maxime reo pecuniam dedisse sit impune.

Imo in adulterio.] non capio, quare hoc de adulterio tanquam speciale proponat, quod liceat transigere reo data pecunia: siquidem in aliis sanguinariis hoc etiam, & magis obtinet. Sed scilicet ex allegato Klock hoc eum velle colligere licet, etiam ex caussa adulterii reũ posse corrumpere aduersarium, ita vt non habeatur pro confesso: siquidem ille istam legem ad accusatorem tantum refert: qui speciali ratione transigere vel pacisci nequeat: maxime ex iure nouo quo eum post constit. Constantin *in l. 30 C. d. adult.* coniunctæ personæ tantum adulteriũ vindicare possint, illis vtique turpe sit, vindictã proprij pudoris & iniuriæ pecuniario commodo postponere: Sed hac explicatione non satis sibi conuenire videtur Tr. lit. C. vbi exceptionem adulterii indistincte proponit & admittit: & ead. lit. hanc rationem reddit, hodieque prohibitæ transactionis, quod constitutionis correctoriæ stricte sint accipiendæ: quæ ratio etiam locum habet in reo.

Nisi impetrata abolitione.] Non recta videtur hæc exceptio: quoniam transigere posse in hac lege significat posset citra abolitionem at per hanc magistratus autoritate sublato iudicio, frustra de transactione quæritur. Alias etiam male accommodatur ad adulterium, quod omnibus criminibus est commune.

In non sanguinariis.] Proponitur hic altera pars distinctionis, quod in his liceat actori & reo ante cœptum iudicium transigere. Hoc autem in futuro accusatore eoque extraneo, qui null'am ciuilem persecutionem habet, verum non esse, ex iam dictis colligitur: quod hic contrahatur crimen concussionis. Ex iisdem patet, male hoc proponi de non sanguinariis tantum, cum idem sit in sanguinariis, inter quæ & illa quoad casum iudicii nondum accepti, nulla est differentia: quod hic nullam talionis pœnam metuere habet accusator.

LIT. B.

Mortis pœnam ingerente.] Sententiam hanc folio Sibyllæ veriorem pronuntiat Delrio: contra quam nihil concludit ratio Dd. hic, quod mutilatum membrum moriatur: quia ICtus *in l. 1. de bon. eor.* de morte loquitur totius. Illud tamen hic notandum, an permissa sit transactio, nõ ex pœna extraordinaria, vel propter circumstantias aggrauanda vel minuenda, sed ordinaria, & ex genere delicti, an huic pœna capitalis necne, præfixa sit, æstimandum esse.

LIT. C.

Excepto adulterio.] De duobus hic laboratur. I. De ratione exceptionis: quam inde desumit Treut. quod L. Iulia nominatim de eo pacisci vetuerit. Sed præterquam, quod ratio rationis quæritur, hoc ipsum ex eo in dubium vocatur, quod cum ipse Treut. adulterium ex L. Iulia capitale fuisse neget, nulla speciali prohibitione opus fuisse videatur. Nisi quis dixerit, quod L. Iulia certius hoc cauere voluerit, vel potius distinguendum existimauerit, inter reum & accusatorem, quem adeo pacisci vetuerit L. Julia, vt paciscendo crimen contrahere & in ipsam legem Iuliam incidere voluerit *l. 10. C. de adult. l. 26. §. 2. eod.* Et hæc ratio de qua pluribus Klock *pag. 2. C. 2.* etiam hodie militat in accusatore maxime post constitutionem *l. 30. C. d. adult.* iuxta Dd. Verũ in reo, præsupposito, adulteriũ esse capitale, nulla satis idonea apparet ratio, nec duodecim illis quas hic *p. refert Delrio.* licet *nu. 83.* probet sententiam Alciati & Cuiac. quam etiam sequitur Treut. hic constitutiones correctorias stricte esse accipiendas: sed eam rectius impro-

improbare videtur Klock. *d p.2.C.2* vbi reū hodieque in adulterio accusatorem corrumpere posse contendit. II. Laboratur hic quomodo cōueniat regulæ propositæ hæc exceptio, quod adulterium tempore Diocletiani nondum fuerit capitale: quod bene probat Klock *p 2 C 1.* contra Delrio qui *p 1.* adulterium ex lege quidem Iulia, relegatione tantum, sed sub DD. fratribus deportatione, sub Diocletiano pœna gladii punitum fuisse ita tradit, vt tamen illud nulla idonea ratione vel autoritate comprobet. Fatendū itaque est verba illa, *excepto adulterio* à Triboniano esse adiecta: alteram enim coniecturam, cuius etiam meminit Treut. & quam probabiliorem ait *Ant. Fab. 2. coniect. 20* falsitatis & erroris coarguit Ecloga Basilicorum, in qua exceptio hæc diserte quoque addita reperitur, & ostenditur lit. *F. hac th.*

Sed sub Constantino magno [Capitalis supplicij an primus hic fuerit auctor, non satis liquidum, (licet id affirmare videatur Justin. *in Nov. 134. cap. 12.*) propter *l. 4. C. Theod. quor. app. non recip.* Et recte Klock. *pag. 2 cap. 1. inf.* nihil referre ait, siue hoc ad Constantem siue Constantium, siue Constantinum referas: vbi etiam distinguit inter pœnam ordinariam & extraordinariam, & locis quæ ex Apuleio & Arnobio proferri solent, respondet. Iuuat sane Treut. quod sub Cōstantino adulterium ordinarie capitale factum affirmat. Verum hac de re, & an ex L. Iulia adulterium fuerit capitale, pluribus agitur infra *part. 2, disp. 32.*

Super stupro licite transigi.] Adducit Treut. *§. 4. Instit. de publ. iud.* ex quo non animaduerto qua ratione istud probari possit, cum ibi diserte pœna stupri simplicis negetur esse capitalis: regulæ autem huius *l. 18.* in dubio standum erit, donec doceatur exceptio: & ipse Tr. initio *lit C.* L. Iulia, quæ etiam stuprum coercet *l. 29 §. 2. d. adult.* pactiones tradidit esse prohibitas.

LIT. D.

Ne videatur sibi ipsi manus &c.] Non placet hæc ratio, tum quia minus commode transfertur ad accusatorem, in quem tamen hanc legem conceptam esse statuit Treut. tum quia ita sequeretur, si verbi caussa reus super crimine, ex quo fustigatio vel membri mutilatio irrogatur, transigeret, cum hoc casu pro victo habeatur, eum seipsum fustigare, vel membrum mutilare videri. Peior adhuc ratio videtur quam affert Klock vt pluribus reum deferentibus, crimen innotescat magis, & ille cadat iustius. Neque apparet satis causa, quo minus insistamus rationi ICti *in d. l. 1. d. bon. eor &c.*

Etiam in caussis fracta pacis.] Nihil singulare hic est, siquidem huius delicti pœna capitalis est.

Et has compositiones &c.] Male compositiones istas, quas defendit consuetudo, confundit cum transactionibus, quas ex ratione iuris ciuilis miseratio non tam defendit quam excusat, vt ne reus habeatur pro confesso.

Nam mulierem etiam &c.] Non satis capio quale hoc sit, quod mulier ratione propinquitatis si reliqui cessent, transigere possit de iure ciuili. Etenim iam dictum est, compositiones has, quas ex iure Saxon. proponit, cum transactione, de qua agitur *in l. 18 C. h. tit.* parum aut nihil commune habere, & maxime in casu homicidii, vbi cognatus nullam persecutionem ciuilem habere potest: & vt cognatus pecuniam aliquam Mannegelt oder Sohnegeldt accipiat, à iure nostro plane est alienum, quo iuxta ante dicta ante iudicium cœptum, de quo casu hic agit Treut. accusator pecuniam accipiens, incidit in crimen concussionis. Ideoque apparet mutari hic statum quæstionis; & secundum ius ciuile mulier in criminalibus capitalibus, quo casu ad accusandum admissa est iuxta hanc *l. 18.* recte demum transigere poterit.

Alias ex officio.] Ait transactionem non præiudicare nec magistratui nec tertio. Adeoque quod proponitur in vers. sane si ille, per transactionem proximi cognati omnibus aliis viam præcludi, loco limitationis ex iure Saxon accipiendum necessario est. Illa autem ieiuna videtur subtilitas, aut potius cauillatio, quod tertius officium quidem iudicis implorare, sed litem suscipere non possit: cum præsertim moribus nostris omnes fere publicæ accusationes a procuratore fiscali publica autoritate institui soleant.

Illud hic acriter &c.] Quærit an transactio præiudicet magistratui, vt mitior pœna debeat dictari. Vbi verbum illud præiudicare, videtur duriusculum: etenim magistratum transactio talis inclinet fortassis ad mitiorem sententiam, sed non cogat. Cæterum distinguendum hic omnino videtur inter ius ciuile & statutarium, tale videl. quale paulo ante proposuit Tr. quo potestas agendi ad aliquos ita spectat, vt cæteris agendi viam præcludere possint: secundū quod ius rationis videtur, vt reus qui cum istis personis conuenit, mitius puniatur: quod hoc casu

delictum quodammodo priuatum factum esse videatur: maxime si pecuniam in casu homicidii, Mann oder Sohns geldt exsoluerit: quam statutum ipsi homicidio quadantenus irrogasse videatur. Iure autem ciuili intrepide respondendum est, eiusmodi transactionem pœnæ indagandæ non facere quod ea scilicet non probetur, sed miserationis causa hactenus saltem reo ignoscatur, vt ne habeatur pro confesso. Sed Treut. distinctionẽ excutiamus, quia ille ex ratione iuris interesse ait inter delicta grauiora & leuiora vt in his demum propter initam transactionem mitiori pœna reus sit afficiendus. Atquin in his delictis ex ratione iuris: cum transigere non liceat, neque transactionis eiusmodi vllus esse poterit effectus: in capitalibus autem huic distinctioni locus nõ est, siquidem ea de his autem transigendi ius est, vel natura sua vel ex moribus aut legibus cuiusq; Reipub. grauissima sunt. Et ideo non recte exempli loco afferetur furtum, quod præsertim iure ciuili de quo se hoc loco agere profitetur Treut. capitale non est. Probabilius distinguendũ quis existimauerit, an ex delicto quoq; ciuilis oriatur persecutio nec ne, & an illo casu transigat extraneus aliquis, an ipse cuius interest vt hic demum per transactionem soluta pecunia delicto ex parte satisfactum, eoque mitigãda videatur pœna: ceteroquin rationi iuris non conuenit, vt transactio, quæ miserationis saltem intuitu excusatur, vel crimen concussionis & tergiuersatoris secum trahit, vel vt reus pro confesso habeatur efficit, hunc effectum operetur.

LIT. E.

Proponitur hic regula negatiua, cuius certa ratio est ex iure communi, quod delicta nõ sint obiectum habile trãsactionum vel pactionum: adeoque cessante miserationis ratione ex *l. 1. d. bon eor.* succedit ratio iuris communis, vt accusator quidem incidat in Turpillianum, reus autem habeatur pro confesso & conuicto: quod recte explicat *Klock.* non vt statim ad carnificẽ rapiatur, sed vt grauissimo se ipsum oneret præiudicio: quod hic præsumptio iuris sit, cõscientia criminis aduersarium corruptum esse: quando etiam Bald. notat in hoc *l. colum. vltim.* etiam post transactionem ampliori cognitione & sententia opus esse, quod autem addit Tr. hoc casu nec donandi causa paciscí licere intelligendum est de iudicio cœpto: cæterum non dum institutam accusationem gratis remittere & omitere, nemini fraudi esse debet.

LIT. F.

Citra falsi accusationem.] Doctores communissime omnes verbum citra accipiunt exceptiue pro præter: quod de crimine falsi liceat transigere cuius sententiæ stipulationẽ habent, & nõ leuis momenti autorem interpretem Græcum, qui in Ecloga Basilicor. titulo περὶ διαλύσεων sententiam huius *leg. 18.* transtulit in hæc verba quæ si cui forte ad rem facere videatur, ex manu scripto exemplari Bibliothecæ Palatinæ bona fide repræsentamus ἐπὶ μὲν τῶν δὲ αἱματος ἐχόντων τὴν τιμωρίαν ἐγκλημάτων ἔξεστι διαλύεσθαι. χωρὶς τοῦ τῆς μοιχείας ἐγκλήματος ἐπὶ δὲ τῶν ἄλλων τῶν μὴ ἐχόντων ἐν αἱματι τὴν τιμωρίαν, οὐκ ἔξεστι διαλύεσθαι. χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος: & statim posterioris huius exceptionis, quæ tamen reuera petitionem principii continet, subiicitur ratio in hæc verba, τὸ γὰρ τῆς πλαστογραφίας ἔγκλημα, εἰ μὴ ἔχει δι' αἵματος τὴν τιμωρίαν, ὅμως ἔξεστιν ἐπὶ αὐτοῦ διαλύεσθαι. Mox breuior constitutionis subiicitur ὅτι τὰ μὲν τὰ δι' αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρίαν καλῶς διαλύονται. πλὴν μόνου τοῦ τῆς μοιχείας ἐγκλήματος. ὅσα δὲ μὴ ἔχει δι' αἵματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τοῖς ἐκ ἔῤῥωται ἡ διάλυσις, χωρὶς τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος. Ego tamen non obstante Græcorum autoritate cum Treut. ab ista sent. secessionem facio, duabus præcipue de causis. I. Quod particulæ, *citra*, constans hæc significatio est in iure nostro, & in ipsis aliquã multis Diocletiani responsis, quod demonstrat Klock *pag. 4. cap.* t. II. Quod exceptionis illius, nulla commoda & idonea afferri potest ratio. Unam affert Accursius (quam sequitur Delrio *p. 4* vbi alias nec refutatione dignas commemorat. Quod cum accusatione falsi concurrere fere soleat ciuilis persecutio: sed ea communius reprobatur & reuera nihil concludit, cum ciuilis actio à criminali, de qua hic quæritur, plane sit diuersa: & idem locum habeat in violentiæ & aliis & vtique in priuatis delictis, super quibus si criminaliter agatur transigi non posse receprũ est. Altera ratio fuit cuiusdam Hugonis de Fontana, quem refert & sequitur *Cynus in l. 18. h. tit.* quod crimen falsi com sit turpissimum, quasi ex homine non hominem faciat. Sed & hæc ratio, licet in ea communius acquiescant Dd. hic, nullius est momenti: quia neque infamiæ neque mortis

mortis ciuilis pœna, sufficit ad transigendi ius quæ huic sententiæ obijciuntur loca, post Hotomann. Ant. Fabr. & Donell. bene remouit Klock *p. 4 c. 4.* qui etiam *p. 3 c. 3.* pluribus explicat, quomodo accusator hic transigens incidat in crimen falsi, in hoc singularis, quod etiam reum corrumpentem aduersarium crimine falsi se obstringere existimat.

Qua distinctione non obseruata.]Non capio hoc, quomodo nō obseruata distinctione inter causas ciuiles & criminales, Dd. non possint reddere rationem illius exceptionis: si quidem hæc distinctio nihil plane ad rem pertinet, *& in l. 18. C. h. t.* procul dubio de persecutione criminali tractatur. Cæterum, vt ante dictum simpliciter verum est, quod exceptionis illius commoda ratio afferri non possit.

Hodiernis moribus.] Nimis generaliter affirmat, quod moribus nostris de quocunque crimine recte transigatur. Equidem de facto, sed periculo partium transigi potest: potest & ita vt accusator porro non admittatur: sed ita posse, vt nec reus pro conuicto, neque accusator pro tergiuersatore habeatur, & ita Turpillian. SCtum omnino sit sublatum, admittendum non videtur. Et Clar. allegatus loquitur de moribus Italiæ, &, vt opinor de casu Iudicis non constituti, & quod præcipuum est loquitur procul dubio de casu quo ille pacem facit, qui speciali iure facultatem persequendi criminis habet: alia ratio est extranei, quem etiam moribus nostris citra crimen conclusionis aut falsi non recte transigere, defendi posse videtur.

THESIS VI.

LIT. A.

Stricti iuris.]Vtitur hac phrasi cum Dd. parum ex vsu iuris, quo hæc est qualitas contractuum & actionum. Et quo sensu hic accipitur, nihil non esset stricti iuris, quod nullus actus extenditur vltra ea de quibus tractatum est & cogitatum. Vnde qui transegit super testamento, nō censetur transegisse de relicto codicillis *l. 12. h. t.* cui non obstat *l. 19. & 29. C. eod.* quia Codicilli non habentur simpliciter pro nouis instrumentis, sed pro noua debendi causa v. Cui. & Ant. Fab. *in d. l. 22 h. t. & in l. 35 d. pact.*

Itaque de iniuria illata transigens.]Expedita ratio est, quia diuersæ ex vtroque capite nascuntur actiones, quarum vna remissa, altera protinus remissa videri non debet. Expensarum contraria ratio pro quibus nulla specialis actio datur, sed ex officio iudicis alij actioni subseruientes adiudicantur. Oportet autem intelligi impēsas adiudicandas, quia de re iudicata non transigitur: minime autem oportet poni casum sequutæ sententiæ, quem male ponit *Mynsing. 4. obseru. 58.*) quia post transactionem non nisi per errorem sententia ferri potest.

Nisi ratione contumaciæ debeantur.)Limitatio hæc nimis est generalis, quia etiam hæ expensæ quas propter contumaciam non comparentis, faciendo reum sæpius citari, actor erogat, nomine contumaciæ debentur, quæ vtique aliarum litis expensarū iure censentur. Sed Treut. speciales contumaciæ expensas intelligere videtur, quæ scilicet, vt scribūt Gail & Mynsing. speciali actione in factum petantur ex *l. 1 si quis ius dicendi &c.* Et hoc tamen quale sit, non satis assequor quia siue in illam actionem ipsius litis æstimationem venire, siue mulctam, ob spretam magistratus autoritatem contineri statuas, de quo actum est *disput. 4 th. 9.* illic quidē transactione facta actionem *d. l. n.* sublatam esse, hic vero priuata transactione magistratui præiudicari non posse consequens est. Sed vtroque casu quomodo hæ dicantur expensæ contumaciæ, non animaduerto: neque ibi de impensis, sed de speciali singularis contumaciæ pœna tractatur.

LIT. B.

Voluntate tamen &c.)Ait de integro voluntate partium agi posse, transigi non posse quia iudicium reddatur in inuitum, transactio autem incipiat à consensu. Quæ ratio non videtur cōcludere: vel quia vbi de voluntate partium de integro agitur, iudicium nō est in inuitos; vel quia, quod transactio à consensu mutuo & incipit, eoque perficitur, tanto magis de nouo transigi posse videri debet. Nec quicquam absurdi videtur, id agi inter partes, vt priori transactione rescissa, negotium denuo aliis nouisque conditionibus componatur. Cæteroquin ambigua hæc quoque sententia est, & dubium an rem iudicatam opponat transactioni, an hoc potius velit, de eo quod trāsactum est, iterum agi posse: illud suadet comparatio rei iudicatæ transactionis hoc alleg. *l. 14. C. h. t.* & id tamen non recte simpliciter affirmatur, quia vtique fallit, vbi Aquil. stipulatione & subsequuta acceptilatione ipso iure actio sublata est.

LIT C

Actione de dolo subuenietur.) Limitandum hoc & explicandū ex *l. 19. C. h. t.* Quod alias etiā exceptione & replicatione dolo decepto succurri potest. Sed illud hic obscurū, quid intelligat

pes

per verba, *distincte, non promiscue*. Equidem Doctores quos pro diss. nullo notato loco adducit, concursum actionis de dolo cum actione præscriptis verbis non admittunt: & recte: tum *ar-du. l. 5. § 3. de præscr. verb.* ubi ICtus actionem doli concedit, ubi deficit actio præscriptis verbis: tum quia ex edicto prætoris *l. 1.* & passim de dolo actio doli utpote famosa nec cum actione alia, nequidem cum extraordinario restitutionis beneficio concurrit: de quo pluribus agitur infra *disp. 11. th. 6*

Quando vero transactio.] Ait intricare disputari à Dd. an transactio ex falsis instrumentis facta annihiletur. Atqui de hoc nemo dubitat, sed illud controversum, an ipso iure nulla sit, an vero per restitutionem in integrum sit rescindenda: in quod procliuior sum (ut obiter hoc addam) non tam, quod actus in dubio præsumi debeat validus, quam potius, quod verba *l. pen. C. h. tit.* proprie intellecta, hanc sententiam non obscure confirmant: facit argum. à sententia, quam iudex falsis testimoniis circumuentus tulit: quam, quicquid etiam disputet *Zas. 1. sing. respon. 3.* ipso iure nullum non esse probat Text. in *l. diuus 33. dict. re iudic.* neque enim inter falsa testimonia & falsa instrumenta sufficiens differentiæ ratio dari posse videatur: & frigida est Zasij responsio, quod ibi sit casus dubius, an falsi fuerint testes: quia eod. modo, an instrumenta falsa sint, dubitari potest: & ut huic quæstioni locus sit, instrumenta falsa fuisse, & falsitatis conuicta præsupponendum est, quomodo *in dict. l. 33.* falsitate testium probata, causam in integrum restituendam esse traditur. Neque obstant huic sententiæ Textus ex *tit. C. si ex fals. instr.* Nam quod *in l. 2* traditur ex integro causā audiri, etiamsi prouocatum non sit, sententiam ipso iure nullam esse non satis probat: quia prouocatio non tantum nullitati, sed etiam restitutioni in integrum opponitur, quomodo minoribus etiam, qui non prouocauerunt, contra rē iudicatam succurri per restitutionem constat, qua alias interposita prouocatione opus nō est. Cæteri Textus sub *d. tit. C.* sententiæ potius nostræ adstipulantur: veluti quod *in l. 3* dicitur, causam devocari in irritum: *& in l. 4. eod.* iudicati executionem suspendi, etenim sententiæ nullius nulla potest esse executio: & omnino quod aliis Textibus non satis expresse definitum est, ex Textu perspicuo *in d. l. 33. de re iudic.* supplendum est & decidendum. Porro arg. ad transactionem à re iudicata etiam admittit Zas. *d. c. 3. & Menoch. 2. arbitr. 15.* qui tamen ibi nec prolixe nec eleganter quod utrumque affirmat Tr. hanc quæstionem evoluit, sed de hac re agitur plenius in *5. p. 2. disp. 23.*

Beneficium quoq; l. 2. &c.] Hæc quæstio pertinet ad *disp. 2. p. 2. th. 9.* ubi de remedio *l. 2. C. de resc. vend.* ex professo tractatu. Fuse hoc disputat Pinel. *in d. l. 2. p. 1. cap. 4.* ex cuius traditis colliguntur tres super hac re opiniones I. Simpliciter negat. II. Distinguit, an læsio æstimetur, respectu habito ad rei ipsius, quæ v. c. in iudicium deducta erat, æstimationem: cuiusmodi læsionem non inducere hoc remedium ipsius Bart. sententia est: an vero ad ipsum litis eventum, quod quilibet alius alterum tantum pro dubio litis eventu daturus fuisset: & hic demum Bart. hoc remedium admittit: sed quod nemo facile lites sit empturus, per difficilem huius rei probationem futuram esse notant citati Rolandus à Valle & Pinell. III Sententia ob enormissimam demum læsionem remedium hoc cōcedit, & quidē habito respectu ad ipsā rei controversæ æstimationē Sed præterquā, quod ista enormis enormissimæ læsionis distinctio, non satis iure probatur, huic quoque sententiæ: repugnat ratio, dubij litis eventus: ita ut cum Tr. simpliciter negatiuæ sententiæ inhærere tutius videatur, de quo pluribus infra part. 2. th. 11.

Quid si geminata sit renuntiatio.] Hoc cum præcedentibus non cohæret, in quibus de nulla renuntiatione, sed de rescissione transactionis propter intervenientem læsionem actum fuit.

LIT. D.

Quatenus nudo pacto facta est.] Iam supra ostendimus, quod nulla vera transactio nuda conventione perficiatur: & nulla hic parata est Treut. excusatio, quoniam pactioni nudæ dationem & remissionem opponit, quam in omni transactione intervenire oportet.

LIT. E.

Ad implementum transactionis.] Aut male aut impropriè hic loquitur, dum contra non servātem fidem præscriptis verbis ad implementum agi affirmat. Etenim, quod naturæ huius actionis convenit & decet *l. 6. C. h. t.* ea actio ad interesse datur: eoque, si verbi causa ex conventione ex altera parte aliquid, ut alter actionem remitteret, datum proponamus si hic conventis non pareat, actio præscriptis verbis dabitur, non ut ille actionem remittere, sed ut quanti alterius litem omissam esse interest, præstare cogatur.

LIT. F.

Lit. F.

Vel etiam stipulatus actione, quoties Aquiliana.] Haud dubie hic errat Treutl existimans, vbi stipulatio Aquil. interposita est, dari actionem ex stipulatu adimplendam transactionem: quoniam cum stipulationem Aquil. sequatur acceptilatio, actionem perimens, fieri non potest vt ex stipulatione Aquil ad implendam transactionem actio nascatur: quippe quod illa huic tantum fini interponitur: vt protinus sequuta acceptilatione omnis obligatio perimatur. Nec obscure fallitur. Tr. assertionem illam probari putans ex *l. 6. C h. t* in cuius fine de stipulatione pœnali tractatur, & hoc traditur, si alter fidem non præstet, agi vel ad interesse commune præscriptis verbis actione vel ad interesse. vt Dd. loquuntur, conventum id est ad pœnam, si stipulatio pœnalis fuerit subiecta: quod & factum proponitur *in l. si profundo. 33 C. h. t. l. pen. D. eod. facit l. 10. §. 1. D d pact. l. 14. Cod eod l. 12. §. si mulier de pact. dotal.*

Nisi sub hac clausula.] Probatur hoc textibus paulo ante adductis: *iunct. l. 17. C. h. tit.* sed Iasoni pro diss. adducto fit iniuria, qui loco citato hoc ipsum omnino confirmat, & *in fin.* hoc adiicit, non quod illa clausula insit stipulationi pœnali, sed quod intelligatur in esse bonæ fidei contractibus: quod tamen verum est non bene probari ex *l. 28. d. action. empti.* Ergo nisi adiecta sit clausula ista, alterutro contentum esse oportet, per Textus prædd. Nec obstat *l. qui Romæ 122. §. vltim. de V. O.* quam post Accur. & Dd. ita etiam accipiunt. *Cui & Ant. Fab. in l. 10. §. 1. dict pact.* vt ipso iure commisso stipulationi, nihilominus obstare exceptionem existiment. Atquin ita non satis respondisset Scævola consulentibus, si de nuda subtilitate non effectu rei respondisset, & ijs non dubie frustra movendi actionem præbuisset occasionem. Et aliud est breviter, aliud inutile respondere. Forsan interest, an v. c. divisioni inter socios aut heredes factæ, an conventioni remissione videlicet pacto de non petendo, vel transactioni, in qua semper intelligitur inesse remissio, subiecta fuerit pœnalis stipulatio: quia pœna succedit loco rei, vt notat etiam Iason *in l. 10. §. 1. d pact. ad Hottom. ill. quæst. 10.* Obstat etiam *l. nuda 5. C d. contr. stipulat.* vbi pœna quoque, ex stipulatione pacto subiecta, petitioni dicitur fere locus, Respon. potest, vel pactum ibi non fuisse gratuitum: vel, quod ibi dicitur lite mota extitisse conditionem pœnalis stipulationis, ex eo non sequi, vtrumque & pœnam & quod in pactū deductum fuit, peti posse, sed ita demum exigi posse pœnam, si quod promissum est purgata mora non præstetur: cuiusmodi etiā species proponitur *in l. si pacto 14. Cod. de pact.* Et vt paulisper in explicationem difficilis loci *in dict. l. 5. C. dict. contr. stipulat.* digrediamur, videamus, an non tenari possit, quod stipulatio etiam quæ pactum sequitur, hoc quasi vestiat *argum. l. 17. C. de pact.* ita vt actio ex stipulatu etiam à pacto contenta possit porrigi, vt si conventa non præstet reus, iam incipiat pœnæ quoque promissæ existere conditio, eiusque exactio esse: quæ forte est sententia *d l. 5. C. d. contr. stipula.* in cuius explicatione Dd. variant. *Cuiac. in l. 10. d. pact.* putat promissorem teneri aut ex stipulatu, aut pati debere, vt secum agatur ex pacto nudo. Hoc bene improbat Anton. Fab. ibid. sed ipse eum locum non melius, & fortasse peius interpretatur, quod videlicet pactum nudū licet nō sufficiat, vt ex eo agi possit, sufficiat tamen, vt quis ex eo petere & litē contestari possit. Eaque ita contestata nec sequuta solutione, committi stipulationem pœnalem: in eoque errare ait omnes interpretes, quod hæc non distinxerint. Verum posterius hoc nimis audenter, ne dicam impudenter: affirmat: siquidem, quod ex ijs, quæ *Cyn. Castren. & aly. & præcipue Salic.* pluribus tradit *in d. l. 5. & in l si pact. 14. C. de pact.* perspicuum est, communis Citramontanorū ista fuit sententia, pactum nudū ad id sufficere, vt quis de facto petere & litem contestari possit. Et hæc tamen opinio absurda, & à ratione iuris abhorrens videtur. Certissimū quidē est, super qua obligatione litem cōtestari possumus, eam etiam ad actionem efficacē esse oportere. Equidem formula præcedebat litis contestationē. At qui dabit prætor formulā vbi nulla actio est? Quomodo litis contestatio fieri poterit super obligatione, quæ in judicium deduci non potest? Per litis contestationem in judicem consentiebatur, judicium accipiebatur, & ea facta ad judicē partes mittebantur: per eā obligationis præcedentis fiebat quædam novatio. Qui locus hic esse poterit in obligatione, quam ius ciuile non agnoscit? & in hanc rem vel sexcentis vti argumentis liceat. Ideoque Vltramontani teste Salic. *in d. l. 5 num 5.* ita eum locū explicarunt, vt interpellatio sola sufficere debeat ad committendum stipulationē pœnalem, ratione existentis conditionis, quod conuentio nuda de dando, intelligitur cum petiero: licet non sufficiat ratione moræ: quod ex vulgata

T regula

regula juris, nulla intelligatur fieri mora, vbi nulla est actio: quamuis speciale dici possit, vt, quoniam promissor pœnalem stipulationem subiici passus fuit, ex tacita quasi conventione etiam re post qualemcunque interpellationem non præstita, mora contrahi, & stipulatio committi videatur. Sed evertere videtur hanc sententiam, quod *in d. l. 5.* post moram demum itē conditio stipulationis dicitur extitisse. *Hotomann.* plane singularis *ill. quæst. 10* sæpe *d. l.* explicat de pacto remissorio. Verum & particula, *preterea.* & principium *l* de pacto promissorio agi satis evincunt. Nos hanc rem, cum ea sit extra propositam tractationem in medio relinquimus.

DISPUTATIO VIII.

DE POSTVLANDO ET INFAMIA.

Respondente

IOANNE BURCARDO Mysnico.

THESIS I.

LIT. A.



Iss. Briss.] Non animaduerto, quemodo improbare possit istam acceptionē verbi *postulare*, quæ in iure nostro & apud alios autores frequens est, & ex illo ipso Senecæ loco, quem Turneb. citatus (vbi tamen de significatione huius verbi, nullū verbum, sed de maleficio inscripto) adducit, probatur: ita enim habent postrema verba *Deinde adultum pretori dixi & INGRATI postulaui.* Neq; Briss. propterea altero modo verbum istud vsurpari negat, vtpote qui expresse loco allegato 2. *select. antiq.* 1. vbi de veteri iudiciorum publico ū ritu tradit, quod accusaturus nomen rei recipi postulabat: qui etiā *5. de form P. R. pag. mihi, 400.* generalem eius verbi significationem adstruit.

LIT. D.

Quod qui prestant aduocati dicuntur.] Inaduertentia hic labitur Treut. qui definitione generali *Suum vel alterius* hanc subiicit explicationē & appellationem, quæ non nisi iis conuenit, qui alterius desiderium exponunt, non qui proprium, idque etiam proprietas verbi arguit.

LIT. E.

Quæritur initio, an minor 25. annis, qui impleuit 17. annos, sit legitimus procurator ad iudicia quod affirmat Treut. eamque olim sententiam fuisse *Oldradi & Iacobi de Aren. testantur Ias. in addit. ad Porc. in §. Iusta 5. I. quibus ex caus. manū. Cyn & Salic in l. exigendi. C. de porc.* apud quos istius opinionis hæ exstāt rationes, 1. Quod huic ætati ad postulādum idoneæ nihil obiici possit, quo minus procuratorem ad iudicia agat, pro alio, quippe hic cessante (quod solum in idoneū minorē facit) beneficio restitutionis, cui in fauorem tertij, & vbi minor ex mandato aliquid agit, locus non est *l. cum mandata 23. d. minor 11.* argumentum à contrario sensu *ex l. minor. 51. d. procurator. 111. d. §. 5. iusta 5. iuncta l. si collectaneus de manumiss. vindict.* quod alias iusta ea manumittendi causa non esset. Ad quod tamen non male *Salicet. & Cyn. & alij Dd. vulgo.* respondent, lōge commodius & expeditius per liberū hominem negotia expediri. Et est ea communis Dd. sententia, quod minor procurator ad iudicia esse non possit, quæ præter textus *in l. minor. 51. & in l. exigendi 12. C de procurat* (vbi legitimā ætatem de 17. annis explicare, videtur duriusculum) tribus rationibus per Dd. confirmatur. 1. Quod cū procurator fiat dominus litis, in eoque adeo fundetur iudicii substantia, ipsius personā omnino idoneam & legitimam esse oporteat, cum præsertim in procuratorem rei mero iure detur actio iudicati *argum. l. 4. de re iudic.* 2. Quia multa in iudicio interueniunt, interrogationes & responsiones, contumacia partis & nō raro post litem contestatam cautiones desiderantur *argum. l. 17. 18. & 21 de rei vindic.* in quibus & aliis minor lædi, & in integrum restitutionē petere, & ita nunquam satis consultum aduersario, sed semper periculum, ne acta in iudicio elusoria redderētur, esse posfit. Cui accedit tertio, quod etiam contra ipsum mandatum, quo procurator cōstitutus est, ex causa minor restitui posfit. Secundū quæ in opinionem Dd. contra Treut. procliuiorsum, minorem pro idoneo procuratore ad iudicia habendum non esse, & ex rationibus iam dictis iure à parte diuersa, ne cum ipso litigare cogatur, recusari, cæteroquin ex causa admitti posse, & eo tacente & patiente aduersario, admisso, iudicium non fore ipso iure nullum.

Quod hoc anno togā virilem sumebant] Vt hoc admittamus, inde tamen hoc anno & hac ætate ad iudicia procuratorem quē esse posse non recte videtur inferri. Cæterū ipsa assertio, dubia videtur neq; putarim certū hic aliquid perpetuo & constanter obseruatum fuisse. De Octauio

scribit

ſcribit *Sueton.c.8.* Duodecimum annum agens auiam Iuliam defunctam laudauit: quadriennio poſt toga virili ſumpta &c. Idẽ de Nerone *c.7. in fin.* deductus in forum tiro, *&c.& cap.ſeqq. in prin.* 17. annos natus imperator conſalutatus eſt. Quin huic rei irregulariter tempus pubertatis deſtinatum fuiſſe, colligere liceat ex illo *Horatii 1 oda.16.*

- - - - - Memor
Acta non alio rege pueritia.
Mutataq; ſimul toga:

Ex quo hoc etiam notare videtur *Turneb. 9. aduerſ.14.* & facit illud *Senec.epiſt 4.* tenes memoria quantum ſenſeris gaudium, cum prætexta poſita ſumpſiſti virilem togam, & in forũ deductus es: maius expecta cum puerilem animum depoſueris. Neque aliud pueritiæ finitæ tempus quã pubertatis intelligere posſis: iuuat locus *ex Tertull.de virgin.veland. pag. 9.* Tempus etiam Ethnici obſeruant, vt ex L. naturæ iura ſua ætatibus reddant: nam fœminas quidam à 12. annis maſculum verò à duobus amplius ad negotia mittunt. Quid autem aliud poſſit eſſe mittere ad negotia, quam mutata toga deducere in forum.

Idem certum iure Saxon minorem &c.] Male hoc tanquam ſpecialiter ex iure Saxon certum proponitur. quod non minus certum eſt iure ciuili: quod videlicet minor in cauſa propria, & ex perſona ſua litigans ſine curatore idoneam perſonã ſtandi in iudicio non habeat de quo quidẽ caſu agere Treut arguit tum mentio facta curatoris, tum citatio Kthan Konigs. qui eundem tractat caſum. Et ergo nulla hic inter ius ciuile & Saxon differentia.

Probationem pubertatis per inſpectionẽ &c] Aut intelligit inſpectionem honeſtam externæ habitudinis, & eã nõ ſuſtulit Iuſtin aut inſpectionem nudi corporis: & ea aut tempore Iuſtin. fuit in vſu, & ex ipſius Treut. ſententia merito eam ſuſtulit Iuſtin aut non fuit in vſu, & ne quidem ſuſtuliſſe eam dici poteſt. Cæterũ quod ad priorem ſpeciem attinet, ea vtimur aut ad probandã pubertatẽ, aut ad alios effectus. Quod ad illam finis eius eſt vel ius contrahendi nuptias, vel liberatio à tutela. Quoad illum, inſpectio habitus corporis nullius poteſt eſſe momenti: ideoque ineptum eſſe videtur, quod de æſtimanda pubertate ex lanugine barbæ circa os erumpẽtis proponit Treut. tum quod rariſſime anno 13. aut circiter illud contingere ſoleat: Tũ quod in æſtimãda quacunque ætate iudiciũ eſt at plane lubricũ ſit & fallax. Effectus liberationis à tutela pendet à mera diſpoſitione legis. Alius effectus inſpectionis huius poteſt collocari in probanda maiorennitate, & hic tamen procul dubio incertus etiã & fallax eſt. Nuda corporũ inſpectio probatur *Platon 11. d. ll* An autẽ ea Romanis probata, nõ ſatis liquet magis eſt vt nunquã Romanos ea vſos nõ exiſtimẽ. Et fruſtra ad eã probãdã *ab Hottom. ad prin. I quib. mod ius fin.* affertur *§. vltim. ex tit Vlpiani dict. tutel.* quoniam ibi corporis habitu puberẽ apparere non ſignificat inſpectione corporis talẽ apparere, ſed generandi facultate puberẽ ſe approbare. Eoque pertinent verba *l.4 qui teſtam fac poſſ etſi nondum vigoris emerſiſſent veſtigia.* Non facit etiam quod *Marcillius ad ll. 12. tab c.17.* notat nullum *ex ll. 12. tab.* diſcrimen fuiſſe tutelæ & curæ, eoque adeo iure præcedente inſpectione corporis in ſuã tutelã veniſſe, ad quod confirmandũ locum *ex Platonis l 11. d. ll* adducit. Etenim præterquam quod illud nõ ſatis probatur, multo minus ad effectũ finiendæ tutelæ corpora nuda inſpecta fuiſſe probatur: neq; Plato ad hũc effectũ, ſed ad cognoſcendã aptitudinẽ, ad cõtrahendũ matrimoniũ corpora inſpici voluit: ita enim ille *d. l. 11 d. ll.* γάμων δὲ τοῦ τῶν γάμων χρόνου συμμετρίαν τε καὶ ἀμετρίαν ἐθνικὰς σκοπεῖν, χρίνειν, γυμνὰς μὲν τὰς ἄρρενας, γυμνοὺς δὸ ἔμφαιῶ μέχρι ὀμφαλοῦ τὰς θηλείας. Nihil etiam facit locus *ex Quintil. declam 279* vel quia ex eiuſmodi Rhetorum locis nihil ſolidi probatur: vel quia ad aliũ planè finem ibi nudatio poſtulatur, vt oſtendatur, filium impuberem, cui pater vxorem dederat, nondum eſſe maritum, neque adeo iure abdicari a patre ex ea cauſa, quod quem cum vxore deprehenderat, accepta pecunia dimiſiſſet. Neque tandem hanc inſpectionem confirmant textus citati *Marcill dict loco ex lib. 3 §. 1. d. minor. A penult C. ſi minor ſe maiorem & Harmenop. lib. 1. tit 12. §. 54.* quia loquuntur non de pubertate, ſed de perfecta ætate 25 annorum, de qua quidem ex aſpectu nudi corporis iudicium facere fuerit impoſſibile. Idque vt maxime concedatur, quod tamen veriſimile non eſt priſcis Romæ temporibus tale quid factitatum fuiſſe, hoc tamen ad excuſandum Iuſtinianus ſiue Tribon. ſufficere nequit, ſibi ſublatam iſtam inſpectionem attribuentem: ſiquidem pubertatis & tutelæ tempora, quod ipſe Marcill. ſcribit, definita fuerunt à media Iuriſprudentia: nam commentitium eſt, quod idem addit, non ſimul abolitam, ſed adhuc vſurpatam inſpe-

ctionem fuisse: cui quidem assertioni adstruendæ, nec rationem nec autorem adducit, neque eius vllum in iure nostro vestigium, quo constãtissime anno 14. in masculis pubertas definitur: idque confirmat locus ex Tertull. qui sub Seuero & Anton. 300. ante Iustin. annis vixit, *in libr. d. veland. virgin.* masculum, inquit, Ethnici, à 14. annis ad negotia mittunt, pubertatem in annis non sponsalibus aut nuptiis decernentes. *Vide etiam Reuard. 4. varior. 10.*

Annum vltimum pubertatis.] Abutitur hoc verbo, & pubertatem confundit cum maiorennitate.

LIT. C.

Qui pauperi clienti.] Cum dixisset, quod aduocatus pauperi gratis inseruire teneatur, & tamen si in causa obtineat, nihilominus salarium consequatur. huic non satis recte subiicit autores pro & contra adductos: quia apud illos, nec de salario hoc casu aduocato concedendo, nec omnino de aduocato pauperis, sed in genere disputatur, an aduocatus cogi possit impertiri suum officium. In qua quæstione affirmatiua sententia vera est, *per l. §. 4 d. postul. ibi, si non habeat aduocatum, ego dabo* & quia hoc officiũ, quia publicum est, vt recte notat Decius *l. in invitus, 156. alias est 199. d reg. iur* & ipse pro diss adductus Viuius ipso loco citato: qui adeo *n. 3.* sibi cõtradicere videtur; nisi forte intelligit nudam interpellationem partis. Nihil plane ad rem facit *d. l. 56.* qua nec ipse vtitur Viuius, & ea de defensione loquitur: licet præter mentem Accurs. Dec. Petr. Fabr. Cuiac & aliorum ibidem, textus ille aliam explicationem commode recipiat: quod scilicet nemo inuitus cogatur rem defendere, id est, excipere rei vindicationem, sed rem deserendo eam euitare possit, *l. vlt. d. rei vindic.*

THESIS II.

LIT. A.

Nam qui olim postulabant.] Ratio hæc interdictæ postulationis fæminis non concludit, tum quia inde sequeretur, fœminas nunquã postulare potuisse, & tamen prohibitionis ratio *in l 1. h. tit.* confertur in improbam fæminam Carfaniã: tum quia ex ea nec pro aliis fœminam postulare posse sequeretur: tum denique, quia quod de ordine postulantium proponitur, proculdubio particulare est, neque dubium; quin etiã vnus aliquis solus postulare potuerit, cum præsertim vero simile sit, prætorem etiam domi sella posita postulationes audire & admittere potuisse, per notata ad *disp. 4. th. 1. lit. D.*

Iure Saxonico ne quidem.] Incongrue & insubtiliter dicitur, mulierem non posse iure Saxonico in iudicio pro se versari & postulare, nisi per curatorem ad litem.

Et certe mulier quandoq; virtutis heroicæ & sceptri. &c.] Valde frigide hoc connectitur cum eo, quod de procuratione extraiudiciali ad negotia dixerat: & egregia scilicet illatio est à vili procuratione negotiorum ad sceptrum. Cæterum quod ad rem ipsam attinet, Treut. post Lipsium & alios politicos hanc regulam ponit de fœminis, eas scepti capaces, nisi lex vel mos patrius vetet. Ego vero hanc potius ponendam esse cẽseo, eas sceptri non capaces, nisi lex vel mos patrius expresse admittat: & ita quidem, vt huiusmodi legem aut morem non bene se habere statuam. Etenim ipsa lex diuinã fœminam subiicit mari: quod etiam ad politicum imperium non male trahitur, quia imperium fœminarum in Respon consequitur imperium œconomicum in familia. Et aliquam multis locis in politicis disputat. Aristot. illud demum imperiũ rationi conuenire, quo præstantior imperat inferiori; at quin fœminæ natura siue corporis siue animi dotes respicias, viris longè sunt inferiores quod latissime ostendit *Tiraq in L. 1. connub. nu. 55. & seqq.* quin imo natura fœminam mari tanquam præstantiori subiectam esse, *Aristot. 1. pol. 3.* docet his verbis ἔτι δὲ τὸ ἄῤῥεν πρὸς τὸ θῆλυ φύσει, τὸ μὲν κρεῖττον, τὸ δὲ χεῖρον· καὶ τὸ μὲν ἄρχον, τὸ δὲ ἀρχόμενον. Et virtutes proprias principis percurramus, eas vix & rarissime in fœmina reperiemus. Accedit quod fœminarũ imperia cõsequuntur incommoda quædã politica præsertim circa matrimonia. per quæ plerũque imperia in alienã familiã & natitionẽ transferuntur. Et scilicet fœminarũ munus & officium est administrare rem domesticam, seruare domum, tractare lanificium, quod notat *Stobæus sermon. 3. & Xenoph. in republ. Spart. in princip.* eaque de causa nouæ nuptæ apud Romanos lana prælata fuit. & recte Pericles apud *Thucid. l. 2.* hanc virtutem maximam fœminarum prædicat, si quã minimus de jis siue in malam, siue in bonam partem sit sermo. Verum de his pluribus hic agendi locus nõ est: paucis saltem allegata Treutle excutiamus. *Aristot. 2. Politic 7* in republic. Spartana hoc inter alia improbat vel maxime, quod nimiam licentiam permiserint fœminis. *Tacitus de moribus German.* refert, Germanis fœminas in honore habitas, & iis inesse aliquid sancti & prouidi putasse: & in castris quoque fœminas

fœminas quasdam circumductas, ex quarum consilio etiam prælia inirent, testes locupletes sunt *Cæsar lib. 1 de bell. Gallic. Dio. l. 58. in fin.* sed imperasse apud Germanos fœminas Tacitus nō scribit: quin imo *d. libello de morib. German. in fin.* de gente Germana Sitonum tanquam singulare scribit, cætera, inquit, similes, vno differūt, quod fœmina dominatur: & ex eo ipso loco, quod eius iudicium hac de re sit colligere licet: siquidem statim in hæc verba subijcit: in tantum non modo à libertate, sed etiam à seruitute degenerant. Et idem *lib. 3. annal.* non imbecillem tantum & imparem laboribus sexum, sed si licentia adsit, sæuum, ambitiosum: *& 1. annal.* vbi de incommodis dominationis Tiberij accedere matrem muliebri in potentia, seruiēdum fœminæ &c. Et de ipsis Britannis, quos in imperio sexum non decernere *in vita Agricolæ* scribit, hæc apud eundem 12. *annal.* leguntur: accensi hostes, stimulante ignominia, ne fœminæ imperio subderentur: Scilicet non imperare tantum, sed exæquari fœminas viris turpe est, vt *Augustus apud Dionem lib.* 50 milites ad pugnandum contra Cleopatram incitans, ait. Et *Thuan. lib. 16.* exemplis ostendit semper in Gallia exarsisse motus, si quando fœminæ rerum clauo admotæ fuissent: quod pluribus exequitur *Hottom. in Franco Gallia & d. lib. Thuan.* legibus Francorum fœminas non solum à regni successione remoueri, ne per earum connubia exterorum principum dominatui subderētur, sed à publicorum quoque negotiorum procuratione: quod legum illarum conditores parū decori & securitati prospectum existimarent, si impotentium ingeniorum arbitrio regerentur. Facere *Auentinus lib. 1.* editionis German. so bald die Weiber regieren / bedeutet es nichts guts / man schawe nur darauff / es gehet an ein Verderben: & paulo ante de Ægypto regno es war schon von Gott zuuor beschlossen / daß es zerbrochen solt werden / darum must es zuletzt auff ein Weibsbild fallen. Cæterum Plato in republ. quam ipse opinionis errore sibi finxit, mulieres etiam ad Magistratus & ad bellica exercitia admittit. & cum viris eas institui nudasque vult exerceri, *lib. 5. de Republ. lib. 6. de LL in fin. lib. 5. de LL. ex editione Serrani pag. 804. & seq. & lib. 8. de LL. p.g. 833.* Verum errorem illum *dict. lib. 5. de Repub. in notis confutat Serranus*; neque ille hactenus assertorem nactus est. Et idem Plato rectius sentiens *Alcibiad. 1. pag. 126. in fin.* Lanificium vocat γυναικεῖον μάθημα. *Et in Menone p. 73.* ait esse ἀνδρὸς μὲν ἀρετὴν πόλιν εὐδιοικεῖν, γυναικὸς δὲ οἰκίαν. *Plutarchi libellus de virtut. mulier* non est de virtutibus Imperatorijs, & Principe dignis: & alias vna hirundo ver nō facit, Lipsius vixit sub imperio Hispaniorum apud quos fœminæ sceptri capaces. Autoritas *Iustin ex Nouell. 8: cap. 1.* huic rei fundus esse non potest: nam præterquam, quod Theodora coniux ipsius vtique non imperauit, in exemplum quoque & argumentum trahi non potest, quod Imperator ille vxorijs seruiuit seruitutē imperijs, quod attigimus ad *disp. 1. Thes. 1.* Nec tamen ille hic peccauit sine exemplo, & hac in re faciliores Græculi: quod doceri potest ex *Niceta*, qui *lib. 1. de Imperat.* Alexio scribit, eius vxorem ipsi, dū legationes audiret, assedisse in solio ornatam, neque minus quam ipsum à subditis cultam & adoratam fuisse: *& Niceph. Gregoras lib. 2.* de Iohanne Duca & coniuge in hæc verba scribit. ἤστην γεμὲν ἄμφω τὴν βασιλείαν ἰθύνοντος πάνυ σεμνῶς καὶ κοσμίως. Cæterum priscis Romanis aliud iudicium fuit quod præter sexcenta historicorum loca, ostendit oratio *Catonis apud Liuium 34.* Insolitum inquit *Tacitus 12. ann.* fœminam signis legionum præsidere, & ea erat tamen vxor Imperatoris. Heliogabalo inter grauissima scelera obiectum fuit, quod matrem in Senatum induxisset: & post eius mortem cautum, ne vnquam mulier Senatum ingrederetur, vtque inferis caput eius deuoueretur, per quē id factum esset. Quæ disco ex *Lampridio in Heliogabalo*, quem male pro se adducit Treut. & idem autor in Alexandro Seuero auaritiam matris Mammeæ Alexādro optimo principi mortis causam fuisse tradit: quod pluribus in ipsius vita docet *Herodianus lib. 6.* vbi in extremo ita concludit. πάνυ γοῦν ἂν ἡ Ἀλεξάνδρου βασιλεία εὐδοκίμησεν εἰς τὸ ὁλόκληρον, εἰ μὴ διεβέβλητο αὐτῷ τὰ τῆς μητρὸς εἰς φιλαργυρίαν τε καὶ μικρολογίαν. Denique ex *Tiraquello in l 11 connubi l.* virtutes Imperatorias fœminis inesse non probatur, & supra adduximus eundem autorē *ad l 1. Connub. num. 55. & seq.* vbi mulieres corporis & ingenij dotibus masculis inferiores esse probat. Sed de his plus satis.

Virtutis heroica.] Hyperbolice loquitur, aut hoc verbo abutitur, certe non vtitur ex mente *Aristot.* qui *Et hic cap. 7.* heroicam virtutem definit ὑπὲρ ἡμᾶς ἀρετὴν καὶ θείαν: & eod. cap. eius generis hanc virtutem esse ait, vt per eam

 homines

homines efficiantur Dij: quod sane genus virtutis in fœminam non cadere videtur.

LIT. B.

Initio repetit quæstionem supra quoq; disp. 4.th.1.propositam, an iudex possit esse cæcus: quod ratione ibidem tradita confirmat: quia de causa nos quoq; ibid. notata huc repetimus. Plane siquidem necessarium est, vt iudices ex scripto sententiam recitent *l.1.2.& 3. C. de sent. ex breuicul. &c.* cæcus iudicare nō poterit. quin & officio suscepto cæcus factus, munus iudicādi deponere cogetur. Cui cum repugnat *l. 6. d. iudic.* Distinguendum fuerit aut inter ius vetus & nouum aut inter causas grauiores, & viles summarias ue *arg. auth. nisi breues C. d. s. Nouerc. 5. cap. 3. & Nou. 83. inpr.* de quo pluribus agitur infra disput. 12. th. 7. lit. C.

Quorum sententia hodie &c] Hac distinctione quæstio ista expediri non videtur: quia licet magistratus nō amplius iudices dent pedaneos, attamē causas delegare possunt, & maxime singulares & speciales: adeoque hodie adhuc superest quæstio, an ad aliquam causam cognoscendam & disceptandam cæcus delegari possit.

LIT C.

Ad hunc ordinem referendus eiusdem negotij iudex.] Atquin hic male sub ordinem eorum, qui pro alijs quibusuis postulare prohibentur, referri videtur: quia vtique tantum in illo negotio postulare prohiberi potest. Quod si ponas in ea causa vt magistratum, ius dixisse, aut ponendum erit, nō amplius esse magistratum, aut apud alium causam agi. Qui tamen casus singulares sunt, & vtrobiq; si ultra & nulliter de mādanda Iurisdictione disputatur (& vel ideo non sat bene, quod in dubia iudicis appellatione pedaneū intelligim⁹.) Sed pertinet hoc ad quęstionem inuersam, & ab hoc loco alienā, an super ea causa, in qua quis postulauit, ius dicere possit: à quo recte fecerit si abstineat *argu l. 17. de iurisd.* & proculdubio iusta hæc iudicis recusandi erit causa. Porro de tertio adhuc casu agitur loc. cit. ex ordinatione Cameræ, quod aduocatus, in ordinem assessorum cooptatus, operam suam partibus amplius præstare non possit.

Olim hoc casu] Non animaduerto quid operetur particula, *olim*: nihil enim hic reperitur mutatum, hodieque in isto casu recte atque ordine faciet iudex, si alteri partes suas committat.

Aduocatus meus testis] Prius hoc quidem certum *per l. vltim. de testibus & cap. vltim. extra eod. in 6.* sed posterius aliquanto dubium, quod inuitus parti aduersæ testimonium perhibere nō cogatur: siquidem regulare est, vt qui testes esse possunt, etiam cogi possint, exceptis certis personis *per l 16. C. de testib.* Facit tamen pro Treutl. quod mediator. nisi vtraque pars consentiat, testis esse non cogitur *N 90. cap. 8.* nec valde absimilis in aduocato ratio esse videtur, & plenum inuidiæ est, cogi aliquem testimonium ferre contra eum, qui omnia arcana causæ ipsi commisit, adeoque V. C. actorem ex domo rei testimonia petere.

Tales autem pro se postulare non puto prohibitum.) Cum hoc nihil habeat quo referatur, nisi aduocatum qui de quota litis pactū fecit, rectius numero singulari vsus fuisset Tr. Cæteroquin vera videtur ista sententia *arg. l 5. C. de postul.* vbi talis aduocatus dicitur remoueri à professione. Verum contrariam sententiam non recte videtur imputare Dd. siquidem apud *Gloss. Cyn. Bart. Bald. Salic. et. Castr. in ci: ata l 5. C. de postul.* nullum de ista quæstione verbum.

An qui pro se postulans, &c.) Videri equidem possit paulo sordidius, in propria causa petere aliquid pro opera præstita: attamen vice versa non debet ex hoc accidenti aduersarij calumniosi conditio fieri melior, cum vtique per aliam causam ille agere potuisset. Et euidentior erit ratio, si alias causas neglexisse, adeoque respectu lucri cessantis damnū eum sensisse probetur: quo quidem casu, communissimam esse sententiam, vt aliquid salarij nomine peti possit testatur *Boerius decis. 210. n 3.*

LIT. D.

Non ad omnes contractus.) Non animaduerto, cur hic improbet Bald. & Costalium Vtique regulare est, quicquid in iure nostro de affinibus dicitur, soluta affinitate non habere locum: & qui regulam ponit, non negat exceptionem: cū præsertim Baldus loquatur de priuilegio & iure aliquo affinitati concesso, quo non pertinet casus *in § affinitatis Inst. de nuptijs.* Cæterum vt aliter statueret Bald. in vltimis voluntatibus, occasionem ipsi præbuit ipsa *l. vlt C. d. V. S.* ex qua fidei commissum relictum familiæ, etiam genero & nurui debetur: quæ quidem decisio, locum habere non potest, nisi affinitas & quidem morte soluta proponatur, quod alias prior & potior sit liberorum conditio: eoque, cum casus hic sit specialis, generaliter illud affirmare nolim.

Nisi quatenus restituit) Paulo inconcinnius hoc

hoc dicitur, quia hoc facto non amplius infames sunt.

Lit. E.

An principe senatu vel pratore] Explicanda erat expressius huius coniunctionis ratio, & est sane ea æquiuoca. Nimirum restitutio famæ fit vel immediate, & directe, videlicet à principe vel senatu, iure regalium: vel mediate & oblique, & hæc etiā per prætorem vi iurisdictionis vti si adversus rem iudicatā restituat damnatū ex causa famosa, vt de integro negotiū cognoscatur. Hæc explicatio satis cōmoda est, neque adeo necessū. vt cum *Ant. Fabr. l. 1. §. de qua 9. h. t.* Tribouiani esse statuamus. Quod quidē duplici ratione efficere conatur Ant. Fabr. I. Quod hæc sint diversa restitutionis genera. Verum nihil absurdi est, diuersa cum adiectione diuersorum effectuum & modorum proponi, cum vtrique conveniant in communi genere II. Quod stylus sit Triboniani. *speciebus, exequemur titulo.* Verum in his nulla est barbaries, quin imo hæc verba pura & tersa esse tum aliis ICtorum, tum autorum aliorum locis haud difficulter probari possit: quin nec mirum videri debeant, si inscriptis ICtorum nostrorum, qui ab ætate Ciceronis absfuerunt longiuscule, interdum verba minus elegantia repetiantur: quippe cuius generis etiam in aliis autoribus per multa Critici notauerunt.

Addo & Collegium Cardinalium.] Contrarium verius videtur quia quod olim senatus restituere poterat, vestigiū erat veteris liberæ Reipubl. & senatus ille separatū a principe corpus constituebat, neque senatores illius collegij cōsiliarij principis dicebantur. Alia ratio est vbi senatus vnum cum principe corpus constituit, & consiliarij principis si restituunt, nō iure proprio, sed nomine & autoritate principis id faciunt Cardinales autem non collegium separatum à Papa constituere, sed nihil aliud nisi cōsiliarij ipsius Papæ esse videntur. Cæterū an Accurs & alij recte allegētur pro dist. dubito: quod illi hoc tantum Cardinales præfectis prætorio comparari tradunt *ex l. 8 C. d. episcop aud.* vbi idē privilegium tribuitur episcopis, quos qua tales constat restituere non posse. Nisi forte hoc inde colligit Treut quod præfecti prætorio restituere nō possint. Atqui inclusio vnius non est exclusio alterius, neq; qui Cardinales & præfectos prætorio cōparat in vno, in omnibus dicit esse æquales, sed & Accurs non de collegio Cardinalium, sed singulis Cardinalibus tractat.

Solū principem & senatum.] Sapiunt hæc quandā correctionē, quæ tamen nulla est: quia prætor eo modo quo princeps, nunquam habuit jus restituendi. Cæterum senatus conniventia magis principum, quam proprio iure potestatem restituendi damnatos vsurpasse sibi videtur.

Idē est si advocationis interdicta &c.] Ait Treut. si tempus hoc vel exilium temporale finitū sit, licet adhuc quis inter infames habeatur, ad postulationem tamen eam infamiam non porrigi, per rationem *l. 8. h. t.* In quibus verbis hæc animadversionem mereri videntur. I. Quod generaliter affirmat post interdictionis tempus prohibitos adhuc haberi inter infames: etenim cum prætor tempus interdictioni præfiniverit, necessaria consequentia postea jus postulandi cōcessit & ergo nō habuit inter infames. quippe quod hos postulare noluit. Et ergo. II Quod præsupposita infamia durante, jus postulandi concessit. III. Quod nimis generaliter affirmat, finito pœnæ tempore infamiam durare, excepto vnico effectu juris postulandi, qui nullius aut exigui est momenti Et denique. IV. Quod ad istum effectum postulandi restringit rationem *l. 8 h. t* quæ tamen generalis est: *ne pœna tempore determinata contra sententiæ fidem vlterius porrigatur.* Cæterū in hac quæstione ad thesin revocata tres casus distinguendi sunt: aut enim imponitur pœna delicto gravior, aut levior, aut par & æqualis. Primo casu irrogatione pœnæ gravioris censetur transactū de existimatione, ita vt vel statim, vel post tempus adiectū nulla sit infamia: quia cū lex plus accipiat quā ipsi deberur, ipsa quoque vicissim aliquid remittit: probatur hoc *in l. 13 § penult. de his qui not. infam. l. 4. Cod. eod l. 15 in prin ad munic ip. l. 10 § vlt. de pœn. l. 56. §. 1. d furt* si modo pœna ad vindictā publicam spectet, & in ipsa sententia pœna gravior irrogata, & quidem reipsa & vere pœna gravior sit: quod si enim ex mente legis propter aliquam circumstātiam pœna fuerit aggrauata, non potest videri transactum de existimatione per dictos textus *Scip Gent. 3. de iurisdict. cap. 35* Altero casu pœna leuior imposita facit, vt in alio reus gravetur *per l 3. in prin. de decur.* Cui obstare videtur *l. 3. C. d his qui not. infam.* nisi forte ibi speciale est, quod cognita causa & iustis rationibus pœna proponitur mitigata, quod & notat *Sich ibid.* vel potius quia *in d l. 3* pœna consistit in sola remotione ad tēpus ab ordine: quæ specialis determinato facit, vt

tempore

tempore finito in ordinem regrediatur. Tertius casus, vbi æqualis pœna imposita est, quod quidem in dubio præsumitur, intricatiorem habet tractatum. Et quidem ipsa ratio, hanc initio distinctionem suppeditare videtur, an ipsi infamiæ tacite adiectus sit terminus, an non sit. Illud fieri intelligitur, si quis citra aliam pœnam ad tempus moueatur ab ordine, aut alicui interdicatur aduocatione: quia ipsa hæc determinatio post tempus elapsum eum ad ordinem & officium aduocationis admittere videtur per *dict l.3.C.ex quibus causis infam. l.1.C.de his qui in exil.l.3.§.1.de decur.* sed obstat diserte *l.5 de pœn* & arg. à contrario sensu *ex l 3.in pr. de dec* quæ etiã pœna indicta, verbi causa relegationis, tẽpore finito, finiti probat infamiam: quod ostẽdit etiã *l.13.§.1.d fals.* vbi adiecta ratio *quia falsum non fecit sed recitauit* euincit alia adhuc distinctiõe vtẽdũ: an videlicet delictũ descendat ex causa famosa ordinaria, an vero sit extraordinarium, & quod arbitraria pœna coerceatur: quod diserte firmat *l.5.d decur.* ibi, *ex crimine quod ignominiã importat*: vt scilicet hoc casu etiam finito tempore, siue hoc interdictioni & motioni ab ordine siue relegationi adiectum fuerit, infamia duret: quia distinctione vtitur *VVesemb.in parat. de his qua not.infam. Cuiac lib 2. quæst.Papinian.ad l.8 de postul.an.* Cæterum hæc iuris ratio summi improbata videtur ab Imperatoribus, qui indistincte ex quacunque causa pœna temporalis irrogata fuerit, vltra tempus infamiam noluerunt durare: *d.l 8.d.postul.l.3.§.1.d.decuriõ.* quam differentiam iuris & cõstitutionum notat. *Cuiacius 7.obseruat.19* eodemque labitur. *Ant.Fab. in dict l 8.de postulat.* dicens, Antonium derogasse iuri antiquo, quod ex vera & seuera iuris ratione obtinebat: vide etiam *Petrum Greg.in Syntagm lib.31.cap.29.in fin.*

Ad hunc ordinem pertinet clericus.] Atquin in thesi hunc ordinem tantum restrinxit ad infames: & illud vero aliter proponendum erat, si eo etiam clericus referri debebat: nec dissimili ratione eodem referetur miles, qui non nisi pro se & in communi numeri causa postulare posse videtur *l 8.§.2.de procur.*

Neque contra facientes.] Ait in th. Hæ prohibitiones nec cõsensu partium relaxari possunt, neque contra facientes pœnam euitant. In quibus nulla plane connexio. Cæterum pœnæ, quarum ipse mentionem facit, priuationis beneficij, & feudi, cum pœna cuius mentio *in l.1. §.6.inf.h.t.* nihil habent commune.

LIT G.

Quæ pœna extra ordinem infligitur.] Probatur hæc sententia *ex l.1.§.6.in fin h.t* & bonam vtique habes rationem, vt mirari liceat iudicium Antonij Fabri, qui totum illum versiculum Triboniani esse contendit: quatuor rationibus. I. Quod in edicto tantum prohibitum fuerit, nec postulent *in d.l.1.§.8.* II. Quod non possit prætor indicere pœnã ijs quos ipse tacite admisisse videatur. III. Quod ipse stylus prodat Tribonianum. IV Quod nunquam a prudentibus prætor dicatur iudex. His rationibus nihil leuius dici potest. I. Inepta est: quasi vero in *d. §.8.* omnia edicti verba referuntur & quasi non prætor solitus fuerit in fine adijcere pœnam. Eiusdem farinæ est altera: neque enim semper vacabit prætori inquirere in personas accedentes: & ergo qui ita obrepserunt, pœna digni sunt: quid quod etiam aliqui apud iudices pedaneos prohibentur postulare? II. Ratio falsa est, & itidem quarta, & ea oppido quam temeraria assertio Fabri ex quam plurimis autorum alienorum & iuris nostri locis & vel ex l.1.d iudic. confutatur: nec quicquam illo Ciceronis vulgarius: *qui priuata iudicet iudicariue iubeat, prætor esto.*

Clericus contra Ecclesiam.] Videri possit inanis hæc quæstio, an clericus pro extraneo postulans contra Ecclesiam, beneficium perdat, siquidem clericus pro alijs postulare nequeat, sed tantum pro se & certis personis *c.vlt.d postu.* quod tradidit Treutl ipse lit. E in fin. *facit l.2 ℞ C d.testam.* Verum dici potest quod *d.cap.vltim.* officij sui admoneat clericos, non vero actum efficiat nullum, neque quicquid dedecet, nulliter fieri dicendum est. Quin & non raro qui contra legem aliquid facit, licet res effectum non habeat, punitur. & hoc quod affirmat hic Tr. ex *d c vlt.* probatur. Sed illud dubium quod statim subijcit, priuari clericum beneficio, etiamsi pro Ecclesia sua postulet, contra aliam Ecclesiam, in qua itidem beneficium habet: quandoquidem *d c.vlt.* diserte hanc pœnam irrogat ei, qui postulat pro extraneo, & id adeo tanquam pœnale extendi non debet. Adeoq; recte *glo.in d c.F*, prælatum vnius Ecclesiæ, ratione prælationis, contra aliam Ecclesiam, à qua simplex beneficium habet postulare posse, statuit.

Vasallus pro alijs contra dominum. Duriusculum hoc videtur, vt Vasallus propterea feudo priuetur. Affertur quidem textus *ex l.2.feudor.33.§.1.* vbi

vbi hæc duo coniunguntur, accusare dominū, & testimonium ferre, & quidem in hac materia non male *arg. l. 5 §. 10. & 11 de his quibus vt indig.* Sed responderi potest, nouum nō esse vt in iure feudali prior sententia quasi retractetur per posteriorem; eoque & hic posteriorem in *d. §.* propositam sententiam valere debere, vtpote quæ rationi magis conuenit, & secundum lectionem Cuiacij, quæ omnino probanda est, distinguit inter causam ciuilem, modicam & grauem. Etenim si causa ciuilis famosa sit, vel de aliqua parte bonorum, merito hoc casu Vasallus priuabitur feudo, cum etiam ex hac causa reuocari possit donatio *l. vltim. Cod. de reuocand. donat.* Atqui facilius est vt Vasallus priuetur feudo, quam vt reuocetur donatio.

Quod aduocatus proscripti.] Possit fortasse contingere casus, vt etiam qui aduocando causam banniti suscipit, in banni pœnam auxiliatoribus indictam, incidat: quid enim si forte postulando sententiæ contradicere eiusue executionem impedire aggrediatur? Cæterum ratio subiecta. *quod defensio sit iuris naturæ*, non satis bona videtur: quoniam regula ista præcipue pertinet ad defensionem facti contra violentiam: quæ cum in bannitum licita sit, qui hoc modo eum defendit, dubio procul in pœnam banni incidet. Sed & vbi sententia iam lata est, proprie loquendo non quæritur de eo defendendo, sed potius in pristinum statū restituendo & absolutione impetranda: quo modo quominus quis libere bannito operam suam præstare possit, nulla dubitatio est. Interest etiā an de ipsa causa proscriptionis agatur, an de alijs causis, si quę forte cōtrouersiæ cōtra bannitum moueri possint: in quibus etiam proculdubio licitum est bannitū defendere, cum præsertim ipse præsens in iudicio cōparere non possit.

Quæ ratio cum & in heretico.] Possit tamen tētari, hanc esse diuersitatis rationem, non tam quod in casu hæreseos maius versetur periculū, quam potius quod in ipsa hæreseos causa patrocinium præstans, eo ipso suspectum se reddere videatur hæreseos, de qua iudicare non est priuati, sed Ecclesiæ: & versatur hic periculum quam plurimorum, ne in eandem hæresin inducantur.

THESIS III.

LIT. A.

Ait in thesi, si aduocatus vnius partis rationibus instructus ad alteram se conferat, eum & præuaricationis & falsi reum esse. Cæterum cū in exegesi dissentientes allegasset, distinctionē subijcit, an aduocatus expresse denegauerit operā, an promiserit aut præstare cœperit. Quæ quidem ad sententiam in th. propositam omnino inepta est limitatio, siquidem qui operam denegauit, rationibus partis aduersæ instructus ad alteram partem transire nullo modo dici potest: & quod hic qui operā denegauit. falsi aut præuaricationis reus agi non possit, extra dubium. & adeo hoc membrum extra casum in th. propositum est. Quod ad alterū distinctionis membrum attinet, in eo qui tantum operā promisit, sententiam Tr in th. propositam, vix admiserim: quia pœnalia intra terminos suos constringenda sunt, & grauissimum est crimen falsi & præuaricationis: ne dicā, quod qui subsistit in nuda operæ promissione, rationibus partis instructus ad alteram partem transiuisse dici non potest. Superest igitur tertium membrum, de eo qui operam præstare cœpit. in quo probo Tr sententiam. Equidem *Bart. in l. d præuar.* distinguit, an aduocatus cum altera parte versetur animo tātum, & esse præuaricatorē: an animo & corpore simul, & esse reum falsi: quæ videtur etiam sententia *Viuij 2 comm. op.* vbi putat præuaricationem tantum fieri clam, non aperta defectione. Verum non videtur hoc de essentia esse præuaricationis, sicut nec aperta defectio de essentia criminis falsi: nec quicquam obstare quo minus qui palam deficit, præuaricator, & qui clam alterius partes fouet, falsarius esse dicatur, quin omnis præuaricatio, incidere videtur in crimen falsi: & non alio, nisi præuaricationis intuitu qui de crimine transigens ab accusatione desistit, falsi crimine sese abstringere intelligitur iuxta *l. 18. inf. C. de trāsact.*

An in bona causa. Vera hæc sententia negatiua est, quod alias quiuis aduocatus; cauillationes & fallacias suas, prætextu bonæ causæ excusare possit, neque finem tātum, sed etiam media bona & legitima esse oportet.

LIT. B.

Idem si filius fam.) Diuersas planè quæstiones, & nihil inuicem commune habentes hac thes. proponit. Cæterum quod Castrensis peculij loco esse ait ab aduocato adquisita ita dictum accipiendum est, vt quasi castrense peculium intelligatur.

Vt post patru obitum.) Ex iure nouo non recte hic effectus quasi proprius Castrensis aut quasi Castrensi peculij proponitur, quoniam idem in aduentitio peculio iuris est.

Lit. C.

Infici aduocato hoc speciale] Quod hic de trāsmissione salarij totius anni ad hæredes aduocati fisci proponitur, explicationem aliquam desiderat. Equidem hoc non alia ratione defendi posse videtur, quam quod initio anni statim salarium totum ipsi deberi intelligatur, quæ ratio cum etiam in alijs aduo. a is, qui salarium ex publico accipiunt, videatur militare, causa specialitatis in aduocato fisci, est inquirenda. Dicendum videtur salarium initio anni totum regulariter non intelligi debitum: quia datur pro præstatione operarum, quæ recipiunt diuisionem per integrum annum: speciali autē priuilegio exceptos esse aduocatos fisci *l.15. C d ad. uoc diuers iud.* Cui non obstat *l. petitionem 13. eod.* ibi, *hæredib. defunct. nihil exinde commode: &c.* quæ cum *Salic. in dict. l 15.* de iure subrogationis in locum defuncti accipienda est Hoc non temere trahendum erit ad aduocatos alios, licet salarium ex publico percipientes iuxta *l. vlt. in fin. prin. C. de ī in offic testam.* Sed obijcitur, quod si retineri potest prærogatum salarium ab hære dibus *l.1 §.13 d. extr cogn.* etiā peti poterit: quod illius alia ratio reddi non posse videatur, quam quod debitum sit: Verum recte negatur consequentia, quia imo nō ideo retinetur, quod debitum fuerit, sed quia cum per aduocatum non steterit, quo minus operam præstaret, *dict § 13.* causa habetur pro completa, etenim hic non de conditione indebiti, sed de conditione causa data tractatur. Quod si vrgens *in d. l 1. §. 13* ab Imp. Seuero aliquid noui constitutum videri: respondebo per concessionē, & illud ipsum nouum esse & singulare, vt causa habeatur pro impleta, & inhibeatur cōdictio, cui alias ex ratione iuris locus dandus fuisset. Sed amplius replicatur, imo regulare hoc esse & iuris ordinarij, vt esset condictio, quādo non stetit per accipiētem *per l.38 locati.* Respōderi potest, quod phrasis illa, *per aliquem non stetisse* commode sit explicanda, vt per eum non stetisse dicatur, qui cum vellet & posset facere, externo aliquo casu, cum præsertim operam addidisset impeditus fuit: imo amplius, quod præcipuum est, vt etiam steterit per dantem, velut in casu *d l 38* intelligendum est stetisse per conductorem. Et ita in vulgata regula quod conditio habeatur pro impleta, quando non stetit per legatarium, quo minus impleatur, supplendū est, si modo simul fiet per illum, cuius interest non impleri conditionem *l. in iure 161. d R. I* quæ in casu mortis locum non habēt per *l. 31. de cond. & demon.* vbi legatū puellæ si Titio nupserit, Titio mortuo, puellæ non debetur. Et si quis verbi causa mercedē prærogauerit architecto, eo protin' mortuo pecuniā condici non posse, fuerit absurdum: *de quo plur. inf disp. 22. t. 2. l. A.* an casus fortuitus facit cessare conditionem. Ex his autem dubium redditur quod *Tr. post Sal. in d l. 15. C d. adu. diu. iud.* priuilegium illud aduocatis fisci concessum, extendit ad professores: quia vt maxime hoc mereātur, lex tamen deficit: vt in casu non dissimili ipse disputat *Tr. sup disp. 4. th. 7 lit. E.*

l. in iur.

THESIS IV.

Lit A.

Famæ imminutio.] Nō valde laborandum est, quibus verbis infamiæ genus exprimatur modo de re ipsa constet. *Accurs in l 1 C. h. t.* non definit, sed magis notationē nominis tradit, quod si priuatio vel imminutio famæ: & propriè loquendo infamia ipsa imminutio famæ non est, sed qualitas, nota & macula quædam.

Eaq; vel iuris vel facti.] Licet nomina hæc in iure nostro non extent, attamen, quicquid etiā quibusdam neotericis videatur, ipsam rē & diuisionem hanc textus iuris suppeditant *in l. 15. C. h. t. iunct. l 3. in pr d liber & posth. item in l. 2. d. obsequijs l. 10 D. h. t. l. 2. C d. dig. l. 26. c. d. in inoff. test. l 42. d. V. S.* Facit quod agitatores dicūtur inhonestæ personæ *in l. 4 Cod. de spectac.* qui tamen in *l. 4 in pr. h. t.* negantur esse infames. Potest etiā huc induci *l. 2. c. rer am.* hoc modo: constat ob res amotas diuortio sequuto esse actionem rerum amotarum, constante autem matrimonio tantum actionem in factum, *l. 15. d rer. am. l. 2. C. eod.* vbi ratio additur, quod constante matrimonio non detur actio famosa: & ergo cum actio furti nec soluto quidē matrimonio detur, sequi videtur, quod condictio rerum amotarū, quæ in locum actionis furti quasi subrogata est, *in l 2.* appelletur actio famosa & cum porto constet, quod ex illa actione non sequatur infamia vera *l. 2. rer am* consequenter, ideo quod aliquā leuiorem maculam damnato aspergit, famosam appellari Confirmatur hæc sententia, quod notæ censorum non afferebant infamiam, sed onerabant tantum pudorem: quod notat etiam *Bodin 6. de rep. 1.* vbi hunc locum Ciceronis ex Nonio refert: censorum iudicium nihil fere affert damnato præter ruborem & idem *Cicero pro Cluentio,* animaduersiones censorum negat habuisse autoritatem rerum iudicatarum: & *Asconius in diuinat.* temporales notas fuisse, à succesio-

successoribus plerumque sublatas, scribit: Et ergo concludimus præter infamiam illam veram esse aliquam leuiorem, siue eam facti, siue alio nomine libeat appellare. LIT. C.

Innocenter damnatus reuera infamia non afficitur.] Hoc quidem Ethice verum est, & quod talis sententia non oneret conscientiam damnati: cæteroquin cum sententia ius faciat, & pro veritate habeatur, & prætor etiā cum iniqua decernit, ius dicere perhibeatur *l. pen. de iust. & iu.* procul dubio causa famosa licet iniuria damnatus, politice & quoad affectus iuris habebitur pro infami: sicut ex quacunq; etiam iniusta sententia, modo non sit ipso iure nulla, nāscitur actio iudicati. Objicitur tamen *l. 8 C. h. t.* ad quā varie respondet *Accurs. Sal. Cyn. & pleriq; Dd.* in ea specie rei vindicatione aut condictione actū fuisse existimant. Plane durior sentētia varie & multis modis dici potest: & illud nō inuitus admiserim, si quis ex manifeste falsa causa damnetur, eum inter infames non habendum, de quo casu loquitur *d. l. 8. C. h. t.* LIT. D.

Quia tertium membrum add. t. pactionem, &c.] Recte quidem Tr. hac in re improbat sententiā Boceri. Sed nihilo ipse rectius pactionem istam sub prius membrum refert: neque enim pactio de maleficio ex causa delicti, delictū est, neq; omne delictum ipso iure notatur. Et ideo sub posterius membrum videlicet sententiam hoc referendum est, quia ex ratione iuris pactū pro confesso, confessus pro iudicato est *l. 5. h. t. l. 1. & t. d. confess.* Neque obstat, quod is qui ex causa famosa quæ ex contractu descendit, paciscitur, infamis non fit *l. 7. h. t.* quia tamen condemnatus infamis esset: quia in materia odiosa non faciēda est extensio præsertim ad casus dissimiles: & pactus pro confesso, confessus pro iudicato habetur non rei veritate, sed fictione & præsumptione iuris: sed & qui paciscitur de delicto nihil potest confiteri præter delictum: sed qui ex causa contractus paciscitur, potest fateri de contractu, vt non simul necessario fateatur dolose egisse.

In contumaciam delicti infamantis.] Quia vtiq; hic non vere sed ficte conuictus est. Non recte autem hoc restringitur ad delicta cum procul dubio idem & multo magis obtineat, si ita quis ex actione doli vel depositi, mandati, pro socio, tutelæ, condemnetur. De arbitri sententia res certa est *per l. 13. § 5. h. t.* neque adeo verisimile est dissentire Baldum (ex cuius prolixis commentarijs *l. 47. solut. mat.* nec numerum, nec columnam notauit) quippe cum *in d. l. 13* diserte hic adstruat, adeo quidem vt in arbitrio, quem statuum instar dicis decernit, sed ille non seruato iuris ordine procedat, diem obtinere affirmet.

THESIS V.

LIT. A.

Sunt & tempore lata legis Iulia miscella.] Iustinianus vtique hanc legem vocat antiquam, duo autem menses à Theodosio adiecti sunt *in l. 2. C. d. sec. nupt.* Non semel tamen apud priscos scriptores anni fit mentio, quo fœminæ maritū elugebant: quia scilicet Romulus annū luctui præscripserat, & annus Romuli decem mensiū erat. Cæterum legis Iuliæ Miscellæ, apud vnū Iustin. mentio fit: ideoq; ego has in re cum Tr. sentio, esse illam ipsam legē Papiā, cuius plurima & diuersa adeoq; Miscella fuerunt capita, quorum aliquam multa recenset & explicat *Lips. in com. ad lib. 3. annal. Tac.* Cæterum an sententiam capitis istius rectè aut cœperit aut exposuerit Iustinianus in incerto est. Refertur à *Lips. d.* loco caput legis Papiæ de libertate coniungendi, cuius vero simile pars fuit de mittenda conditione viduitatis: & adeo cum lege illa cœlibibus pœnæ fuerint indictæ, conditionem, si non nupserit, remissam potius quam viduam necessitate iurandi, aut præstandi cautionem Mutianam ad strictam fuisse probabile est: quā cautionē ex inepta ratione, ne tristitia afficiatur anima defuncti, exigit Iustin *in Nou. 22. cap. 43.* cum ante eam remisisset *in l. 2. C. d. indict. vid. coll.* quibus locis distinctio illa, intra annum vel post annum, rationi parum conuenire videtur: & hoc addamus, siquidem eandem hæc lex cū Papia Poppea, appellatio Iuliæ Miscellæ vitiosa, quia lex Iulia à Papia Poppea omnino diuersa, & hæc post illā viginti amplius annis neq; ab Imperatore, sed a consulibus lata, vt docet Lipsius *d. loco*: nisi ex hoc Iustinianus excusetur: quod vt ex eodem Lipsio constat, capita quædam legis Iuliæ, legi Papiæ inserta fuerunt. Sed hæc tanquam sub parergo.

Non tamen hæ sunt nouæ leges] Nō video, quomodo non hic sibi contradicat Tr. dum legem Iuliam Miscellam explicat de lege Iulia & Papia, & tamen de his nō vult intelligi *l. vlt. de reg. Caton.* ita vt nihilominus eandem de lege Iulia Papia explicet. Quod si enim lex Iulia Miscella est lex Iulia Papia, & de hac intelligitur *l. vlt. de reg. Caton.* etiam de lege Iulia Miscella necessario intelligenda erit.

Et quidem si prægnans erat.] Nimis generaliter

hic affirmat. si prægnans sit mulier, & si diuortio soluatur matrimonium, vel maritus non sit elugendus, tempus præfinitum esse expectandum: quia cum luctui præfinitus sit annus integer; vix vlla duodecim menses vterum fert, & tempore diuortij vel mortis mariti aliquod menses à tempore conceptionis effluxisse poterant. Et ergo non tempus luctui præfinitum, sed saltem tempus partionis expectandum est.

Et quia ratio ex turbatione, &c.) Non satis cōmode hoc subijcitur casui vxoris non prægnantis: & sane etiam à reuerentia marito debita hæc lugendi ratio dependet: quod alias etiam liceret nubere vxori, quam certo prægnantem esse constaret.

Luctus fœmina in continentia, olim etiam in habitu.) Illud de continentia nihil ad propositum: sed quod de habitu addit, nomine vetum, & omnino improbabile quod tempore Gordiani & post, omnis externa lugendi ratio fuerit sublata: neque obseruata est *l. 15 h. t.* sententia, quæ præsertim, quod non de sublato sed diminuto luctu loquitur, pertinet ad explicandam mentem SCti, quo luctui fœminarum imponitur modus, vt videlicet per illud externus habitus sublatus, non autem prohibitio nubendi intra annum laxata videantur. Et vtiq; si in casu singulari facti SCti luctus in habitu tollitur, ergo regulariter iuri antiquo & communi requiritur. Idque etiam notat Cuiacius *in l. vlt. h. t. lib. 2 quæst. Papin.* Exemplum add. *l. 15.* præbet *Liuius lib. 22.* totam vrbem, inquit, oppleuit luctus, vt sacrum anniuersarium Cereris intermissum sit: quia nec lugentibus id facere est fas, nec vlla ea tempestate matrona expers luctus fuerat. Itaq; ne ob eandem causam alia quoq; sacra aut priuata desererentur, senatus consulto diebus xxx luctus est finitus.

LIT. B

Quod iure Canonico mutatum.) Vtitur pontifex loco Apostoli, verum nimis præpropere occasionem detrahendi iuri ciuili arripuisse, & dicto Pauli abusus non immerito quibusdam videtur, & verissime Castrensis *in l. 15. C. h. t. in f.* negat esse canonum conditoris tollere leges ciuiles, vbi non est quæstio de peccato, sed de bonis moribus *& Accurs. in d. l. 15.* nihilominus infamem putat esse mulierem, propter nimiam festinationem Bald. & alij distinctione rem tēperant, an sit periculum turbationis sanguinis, & futuræ partus incertitudinis. Illud cuiuis ex l. 15. Pauli apparet, Paulum Apostolum nō legi illi ciuili derogare, sed eorū errori occurrere voluisse, qui secundas nuptias illicitas esse putabant. Et sane aliter quam Pontifex acceperunt locum illum *Pauli ad Cor. 7. versi. vlt. Aug. Marlor. Oecum. & Theoph.* Nullo modo, inquit, cum temperantia & decoro, non in libidinis affectione. Cōmuniter tamen recepta est Can. sententia *Dd. in d. l. 15. C. h. t. plurimi allegati à Ioh. Garon tr. d. sec. nupt pœna. 29.* Sequitur apud Tr. distinctio illa vulgata inter pœnas odio secundarum nuptiarum vel fauore liberorum introductas. Quæ duabus de causis minus accurata videtur. I. Quod infamiæ pœna non videtur citius nubenti imposita odio secundarum nuptiarum, quia imo hæ iure veteri Romano odiosæ non fuerunt, sed potius in pœnam quandā impudicitiæ & contra reuerentiam marito debitā festinatarum nuptiarū. II Quod illæ pœnæ quæ in fauorem liberorum dicuntur introductæ, ab odio secundarum nuptiarū originem traxerūt, & in eo omnino fundantur. Sicut enim ab Imperatoribus Christianis, qui opinionē illius seculi sequuti, de secundis nuptijs minus honorifice quam par est, senserunt: vnde *in l. fœmina C. de sec. nupt.* mulier per secundas nuptias dicitur funestata. Ex quibus patet inter hæc duo membra, odium secundarum nuptiarum, & fauorem liberorum bonam & veram oppositionem non esse.

Sed è contrario & illud infertur.] Quomodo hoc ex præmissis inferatur, non apparet. Cæterum ipsa quoq; hæc assertio magis est vt falsa sit: quia constitutio *l. 6 C. de sec. nupt.* cum sit correctoria & nominatim loquatur de marito nō debet extendi ad liberos, & siquidem potest plus relinquere liberis ex priori matrimonio, quidni etiā ex posteriori? cum omnes matri æqualiter liberi sint. Et constat, quod non teneatur parens æquales portiones relinquere liberis: quod in terminis istis duplicis matrimonij liberorū tradit *Iust. in N. 22. c. vlt. in prin.* ubi nominatim ait, sese adhortari parentes ad seruādam æqualitatem, sed non hoc sancire. Neque mouere debet autoritas Tesauri & eorum quos allegat, vel quod rationes ab eo adductæ non stringunt, vel quod plures contrariū statuere ex illo ipso loco apparet: *& Ioan. Garon. in tract. d. secund. nupt.* vbi accurate 49. pœnas secundarum nuptiarum enumerat, huius mentionem non facit. Neque etiam mouere debet, quod ita per indirectum contra *l. 6. C. d. sec. nup.* fieri videatur, quod patri per liberos acquiratur. Etenim potest

mater

mater & ita relinquere, vt totum acquiratur filio iuxta *Nov.117.* & etiam ita, vt marito relinquat nihil, & ad summum patri non proprietas, sed vsusfructus nudus acquiritur & quid denique, si maritus secundus non sit superstes? Plane ICTI est, interpretem agere non legislatorem.

Lit. C.

Vbi non est ordo vocum inuersus.] Recte hoc Tr. est enim perspicua ICti *in l. 43.§.pen d. ritu nupt.* sententia: eam notari quæ deprehensa est: quod si insuper adulterii accusata & damnata sit iam duplici nomine infamem esse, & quia deprehensa & quia damnata.

Cur in viro sententia.] Differentiam hic proponit Tr. inter virum & vxorem: Quod hæc etiam deprehensa tantum fiat infamis, ille nō nisi accusatus & damnatus: quod & tradit *A Fab. in l.2.§.3.h.t* Atquin vereor vt ista differentia satis iure probetur. Etenim cur quædam facti lege notentur, quædam vero sententia, non hæc ratio est, quod illa sint grauiora & magis odiosa, neque enim magis odiosus esse potest qui in scænam prodit, quam V. C. homicida, fur vel adulter, qui sententia notari dicuntur: sed hæc quod illa quidem fiunt palam, neque aut opus condemnatione, aut locus negationi, & fere sola infamia eorum pœna: hæc committuntur fere clam, & qui eorum rei aguntur, metu pœnæ facta negare, aut iure facta, vel prætextu aliquo excusari solent. Vnde effici videtur, deprehensum in crimine, quod excusatione nulla defendi potest, etiam circa sententiam esse infamem: siquidem alias ideo per sententiam infames effici videntur, quod tum demum de delicto cōmisso incipit constare. Neque obstat sententiæ huic *d l.2.§.3.h tit* siquidē eo quod damnatum infamem fieri dicitur non etiam fieri deprehensum, male infertur. Et vt maxime demus, ex moribus Romanorum & ex l. Iulia grauius coercitam fœminam, turpius in ea adulterium, suppositionem partus: ex istis tamen, & si quæ sunt alia eius generis, differentia ista effici non potest: quid quod etiam adulter maritus alij quodammodo partum supponit.

Lit. D.

Polygamia igitur hodie.) Particula ista hodie, otiosa plane & superuacua est: siue ius gentium siue ius ciuile respicias: nam & hoc non minus olim improbata fuit & polygamia sicut apud Græcos aliasue gentes: & ex aduerso moribus quarundam gentium semper permissa. Cæterū quod ad ipsam rem attinet, an iuri diuino vel gentium repugnet polygamia, alterius loci quæstio est, tractanda infra *part.2.disp 6.* quo etiam & partim ad *disp.31.p.2 th.2.* reliqua pertinent, quæ hic incongruo loco tractat Treut.

Lit. E.

Minores si quæstus causa.) Atquin idem in maioribus. *l.1.h t l.1 §.6. versic & qui operas de postul.* adeoque otiosa erunt verba *l penult C h. t. ætate minores* Et tamen in Treut. sententiā procliuior sum I. Quia contorta lectio vulgata est, quæ proponit verbum, *duntaxat* II. Quia in re, edicto prætoris notata & quæ in speciem delicti incidit, ita minoribus succurri, vt ipso iure citra beneficium restitutionis fama sit salua, absurdum videtur, quin etiamsi vulgatam lectionem sequaris, attamen, minorem quæstus gratia in scenam prodeuntem notari, à contrario sensu efficitur: vix enim est vt verba postrema *d. l. penult.* etiam de iis qui quæstus gratia prodeunt, possint exaudiri.

Lit. F.

Lenocinium facientes.) Non videtur recte excipi casus. *l. pen. h. t.* quæ est de quæstum corpore faciente, quod quidem ab ancilla, cogente domino, factum intelligitur & præsumitur.

Lit. G

Tutor filio suo ducens.) Videtur hic sub eorum classem potius referendus, qui notātur per sententiam: quia vt supra dictum confessi habentur pro damnatis: atquin hic tutor dicitur confessus de tutela *in l.7 C. de interd. matr.*

Quæ sub cura est vel Fut.) Nimis indistincte hoc affirmatur, quod scilicet, *l.7 C d t* est de casu nondum redditarum rationum, quod ratio subiecta ostendit: cæteroquin redditis rationibus, & post annum 26. & ita elapso vtili anno, intra quem restitutio in integrum contra curatorem implorari possit, eam quæ in curia fuit recte vxorem duci, diserte ostendit *l.66. de ritu nuptiar.* cessante ratione prohibitionis quæ est *in l.64 eod. tit.*

Lit. H.

Ob delictum non capitale) Distinctione hic opus erat, an ex causa delicti instituta esset actio ciuilis an criminalis: illo enim casu simpliciter impune transigit aut paciscitur actor: in hac vero non impune, de quo dictum d. disput. præced. Cæteroquin repetimus hic notata ad *thes. 4 lit. d.* quod pactio de maleficio referenda sit sub secundum membrum *d th. 4 lit D.* propositum. Et sane nuptiæ V C. cum pupilla vel adulta & pa-

ctiones delicta non sunt, sed ea tantum ratione infamia his casibus sequitur, quod ea facta ratione obiecti præsumptionem inducunt cōfessionis, & quidem ex eiusmodi causa, ex qua damnatum infamia sequeretur: confessum autem lex pro judicato vult haberi.

Ex contractu enim.] Videri possit excipienda causa tutelæ, *argum l. 7. Cod de interd. matrim* vbi cōfessus dicitur esse pro damnato, ideoq; notari infamia, pactio autem hic habet vim confessionis *l. 5 h. t* Verum quia *l. 7. h. t.* generalis est, & in materia otiosa, non sunt faciendæ extensiones, & pactus revera confessus non est, præstat, *vt d. l* 7. intra terminos suos coerceamus.

Dato pretio transigens.] Ipsum verbum transigere pecuniæ dationem implicare videtur, *argum. l 38. C. de transa͡ct.* Cæterum cum ex allegatis confusum de causis civilibus & criminalibus agi appareat, in his pactionē quoq; simplicē prohibitam esse colligere licet, ex *l 18 C. de transact.*

Alia ratio eius, quod ad redimendam vexat.] Exceptio hæc fere destruit regulam, qua pactus dicitur fieri infamis, & nemo non hoc prætendat, ideoq; in dubio semper eum qui pretio adversarium desistere facit, corrumpendi animo hoc fecisse, eoque infamem fieri defendam nisi de manifesta actoris calumnia constet.

Intellige post litem contestatam.] Obstat *l. 6 §. 3. h. t.* ex quo contrario sensu bene probatur, eum qui pretio dato impetrat, ne secū ageretur, (& ergo nondum actum est, fieri infamem Et tanto magis igitur notabitur, qui post prætorem aditum & actionem petitam cum adversario fecit pactionem. Neque obstat, quod confessio extraiudicialis nihil operari dicatur: quia hæc regula multas patitur exceptiones, & inter eas etiam hanc, quando lex vel edictum eiusmodi cōfessionem pro validis habet. Sed & quod post aditum prætorem fit, extraiudicialiter fieri simpliciter dici non potest: siquidem etiam in iure confessi maxime proprie pro damnatis habentur: & vtique quod de pactione dicitur, minime ita accipi potest, vt in ipso iudicio factum esse oporteat. Non obstat etiam *l. 15 h t* vel quia ibi agitur de condemnatione, vel quia ibi non est duplex ratio, sed posterior de lite contestata est ratio rationis, cur ibi servus nō fiat infamis, quod scilicet ipsius nomine litis contestatio facta non fuerit: sicut quivis infamiam effugit, qui per procuratorem accipit iudicium.

Nisi prætor iusserit.] Hoc tantum ad causas civiles pertinet, & tamen Tr. confusim etiam de criminalibus disputat

Nisi iuratum sit.] Insubtiliter hoc pro exceptione ponitur ad regulam quæ est de paciscēte vel quia qui jurat, non paciscitur de crimine, vel quia jurans pro innocenti & absoluto, pactus autem pro nocenti & confesso habetur.

Improbum fœnus] Vsurarios ipso iure infames esse vt non opus sit sententia, quod jure nostro talis actio ex qua damnatum infamia sequatur, contra eos non datur, notat *Accurs in l. improbū C. h. tit.* quem sequuntur communiter *Dd. Cyn. Brin. Bl. Salicet Cast. e. ij &c. ibid* Plane, quod fœnus non raro occulte exercetur, sententia declaratoria hic aliquando opus fore notant Dd. neque male hoc illustrat Salicet exemplo Lenocinij & adulterij, quod illud palam exercentes, & in hoc deprehensi, sine sententia infamia notantur. Species autem sententiæ declaratoriæ esse videtur, si iudex coram quo V. C. condictione certi actum est, cum deprehendisset vsuras illicitas acceptas & exactas fuisse, simul in sententia dixerit, videri eum improbum fœnus exercuisse, *argum. l. 5 C. de calumniat* quo docet aliud quiddam quam super quo actum directo fuerat, in sententia exprimi potuisse.

LIT. K.

Recte sub classem istam refert Treutl maiorem qui recessit à transactione jurata sed in hoc fallus, quod diversam sententiam Dd imputat. Etenim quod ipso iure & infamia notetur & actione privetur, tradit *Accursius ad eam l. si quis maior. 41. Cod de transaction Salicet. ibid num. 6. 11. & 14. Castren. num. 3. Bart. num. 10 Bald colum. vlt.* vbi in genere notat periurium fieri infamem ipso iure si juratum sit, super contractu & super futuro: *&* *Iason. ibid. colum. 6.* clarum hoc esse, & quod ipso jure irrogetur infamia, ab omnibus teneri testatur: & hanc sententiam suadent verba constitutionis, & ratio quæst. præced. ex Accurs. allata quod hic nulla sit actio, ex qua damnatum infamia sequatur.

Non in aliis contractibus.] Vix videtur constitutio *d l 41. C. de transact.* restringi posse ad solas transactiones: tum quia & ratio generalior est, quæ sumitur à violatione nominis divini: tum quia non tantum transactionem, sed etiam pactorum ibi fit mentio, *in prin.* ibi, *adversus pacta vel transactiones:* & hæc videtur Dd sententia, referente *Saliceto in d l. 41 nu* 1. vbi ait quod illa constitutio locum habeat in quoque contractu, in quantum scilicet potest adoptari: Neque absimile

simile vero est, à Theodosio generaliter hoc fuisse statutum, quod à Triboniano sub tit. de transactionibus relatum fuit.

Cum non in specie iuratum est) Recte se habet hæc sententia, a qua male discedit *Iason. ibid colum. 7* & adeo si quidem in specie iuramentum requiritur, idem statuam contra Treutler. si promissio facta sit sub fide Christiana: quia etiam hic verum est, in specie & formaliter iuratum non esse & haud scio, an in homine Christiano distinctio illa fidei politicæ & Christianæ sit admittenda, de quo pluribus infra disputat. 21 thes 1. Facit pro hac sententia, quod constitutio. *d l. 41.* propter grauitatem pœnarum, quibus etiam propter solam interpellationem contrariam locus est, omnino intra terminos suos est coercenda.

Ne quidem locus sit purgationi moræ.) Hæc quoque sententia Doctorum communior esse videtur quam refert & sequitur *Salic. num. 4. Castren num 3. Bart. num. 11. Iason colum. 6. in fin.* qui omnes hac ratione vtuntur, quod executio tecta fiat ab ipsa lege: & alias purgatio moræ respicit interesse partis, hic autē lex factum notat. Quibus consequenter incommoda videtur Tr. limitatio, nisi quis in minimo deficiat: quia cōtrauenire transactioni, iuxta modos *in d. l. 14.* traditos, est quid indiuiduum: nisi forte Tr. diuersa pœnarum genera confudit, aut diuersos contrauenendi modos, quia primo interest, an de infamiæ pœna, an præstatione pœnæ promissæ vel restitutione acceptorum quæratur. II. An contrauenerit interpellando magistratum vel non implendo promissa. Pro qua diuersitate, si accurate agere velimus, diversimode etiā quæstio formanda erit: nimirum an qui non impleuit promissa, celeri oblatione moram purgare, & quoad omnes effectus possit & possit & pœnas Quod sane nisi perspicua adsit contumacia æquitatis intuitu, quicquid etiam Tr. videatur, affirmare malim, nec obstante quidem ipsa cōstitutione, in qua verba, *non implendo promissa*, cū effectu accipi debent. Alia quæstio erit, an qui interpellauit magistratū, pœnitentia statim sequuta, (quoniā hic de purganda mora inepta sit disputatio) pœnas legis evitare possit. Vbi licet cortex verborū pro negatiua stet sententia, attamē videri possit Theodosius nō in nudā interpellationē, sed magis in eiusdē persecutionē, tamē grauiter animaduertere voluisse: adeoq; si quē cuius expectato responso statim pœniteat exhibitæ supplicationis, eique eam quasi improbans conveniens satisfaciat, humanius certe affirmantem amplectemur sententiam, quam etiam non paucis probatam fuisse, licet videre ex ijs, quæ *Bart. Bald Ias. & alij add l. 41.* notarunt. Omnimodo si æquitas Canonica iuri ciuili hic recte opponitur, secundum illam vtique, cōtra quam Tr. videtur hoc defendere non dubitarim.

THESIS VI.

LIT. A.

Si modo nominatim) Duobus tantum casibus militi misso infamiam irrogari putat Treut si nominatim hoc adiectum sit, & si insignia militaria detracta sint. Verū ego tertium casum addendum existimo, si expressa causa ignominiæ missus proponatur miles *per l. 13. §. 3. de re milit.* quæ sane respuit lectionē Haloandri *nihilo magis*, quam probari à Tr. argumento est quod improbat *Ant. Aug* qui i. *emendat* 3. nō obscure probat lectionem Florentinam, *nihilominus*. Neque obstat nostræ sententiæ *l. 2. in prin vers. & si princeps h. tit.* nam vt non probemus emendationem *Hottomanni 7. obseruat. 16.* neque cum *Petro Fabr. 1. semestr. 16. in fin* verba, ignominiæ causa, per errorem vel brevitatem, omissa dicamus, aut cū alijs, quod de adiectione verborum illorum. *in d. l. 2* dicitur, præcisæ necessitatis esse negemus: expeditior responsio est, quod casus ibi propositus, opponatur missioni simplici, in qua nec ignominiosa causa, expressa fuit: & agitur in d. vers. de dimisso exercitus duce, quē difficilius infamia notari non absurde quis dixerit. Cæterum exempla missionum ignominiosarum, adiecta causa, non tamen adiecto, ignominię causa quem mitti, ipse refert *Petr. Fab. d. c. 17.* male adeo à Tr allegatus.

LIT. B.

Proponitur initio vera resolutio & explicatio. *l. 20. h t.* in cuius emendatione turpiter lapsus est *Ant. Fab. 6. coniect 6.* Negat ibi, sententiam illius legis à Dd. explicari. Imo vero & Accursius & alij satis perspicue explicant, & instigatorem à mādatore distinguunt Vellicat inde distinctionē Bartoli; quis inquit dixit Bartolo in specie *l. 20.* aut causa nō cognita pronunciasse, aut vero saltē interlocutū esse præsidē: Atqui in cōponendis aliquādo textibus iuris divinationes admittimus & Barto post Accursi illam distinctionem addit inter instigatorem simplicem, & eū qui operam addit, probationes instruit, &c. Et iustius nobis quærere liceat, quo autore aut qua ratione, verba illa, *qui exhortatur*, ad præsidem referantur: quidem sententiam ferendo non

nisi

nisi inepte dicitur exhortari. Et vero vnde tandem amicum illum præsidis animum colligamus; siquidem verba, *callido commento*, dolũ arguunt, & iam passim notum est, verbo, *videri* in sententiis iudices vti fuisse solitos. Et ergo si prætor in proposita specie dixisset: callido commento videris accusationis mandator fuisse, ex sententia quidem Fabri, ne hic quidem infamia sequeretur. Sed pigeat in re manifesta plura perdere verba.

In privato iudicio actor donare causam potest.] Notandum. I. quod verba in th. *in iudicio publico prævaricationis vel calumniæ nomine quid fecisse iudicatur*, duplicem habeant sensum: & quod in ipsa sententia super publico crimine lata ita fuerit perstrictus, (quod fieri solitum docet. *l. 20. h. t.*) & fit infamis per *l. 5. C. de calum.* & quod ob calumniam in publico iudicio commissam separatim fuerit accusatus & damnatus: quo itidem casu infamem esse non dubitatur. Cæterum Tr. duo dicit in exegesi, in privato judicio donare actorem causam posse, & si calumnietur non fieri infamem: prius enim illud ad prævaricationem pertinet. Et in civilibus quidem privatis judiciis hoc expeditum est, vbi ex parte ipsius actoris (secus enim in advocato) prævaricationi locus non est: & hic quoque calumniantem infamia notari, non proditum est: sed aliis hic pœnalis locus *in pr. & §. 1. Inst. de pæn. tem. litig.* Ex quarum numero est autore Treut actio in factum de qua *sexl. t. t. de calum.* & ea tamẽ specialis est cõtra eos, qui vt per calumniam alteri negotium facesserent, pecuniam acceperũt. Itẽ actio decimarum, quam reductam ait *à Iustin. N. 112. cap. 2.* aliquanto pinguius, quia specialis ibi cautio introducitur de præstanda decima: & pinguius adhuc proponitur differentia, inter actionem (vt loquitur Treutl.) decimarum, veterem & novam: quia vtique actio nec repromissio nec satisdatio aut juratoria cautio dici potest. Et cũ *in Nov. 96* veteris cautionis meminit, non tamen satis bene *ad §. 1. Inst. de pæn. tem. litig.* qui citra vllã cautionẽ ex Lege olim decimariam actionem competiisse ostẽdit. Sed vt redeamus eo, vnde digressi sumus, in civilibus causis hæc recte statuuntur, quæ de cessante ob prævaricationem aut calumniam, infamia dicta sunt. Verum cum Tr. privatum judicium publico opponat, sub illo necessario etiam iudicia privata criminalia & extraordinaria continebuntur: in quibus prævaricationem & calumniam extra pœnam infamiæ esse difficile fuerit affirmare. vel quia hic non raro de pœna relegationis vel corporali agitur: vel quia hic in calumniosos extra ordinem dicitur animadverti. *l. 3. ad S. C. Turpil.* Imo prævaricatores eadem pœna tenentur, in quam alias reus condemnatus fuisset. *l. pen. de prævaricat.*

Lit. G.

Quod & in stell. iudicio placuit.] Non cohæret cum eo quod proxime dictum erat, de eo qui in judicio publico calumniatur aut prævaricatus fuerat: vel quia judicium stellionatus minime publicum est, vel quia in privatis judiciis calumniam & prævaricationem infamia notari, ipsi Tr. sententiæ repugnat. Sed nimirum ex eo quod adjungitur intelligendus est Treutl exẽplum proponere voluisse alterius judicij, ex quo infamia sequitur reum damnatũ, videlicet stellionatus: vbi videlicet ad componendos textus *in l. 13. §. vlt h tit & in l. 2. de crim stell.* distinguit, an crimen istud concurrat cum alia actione civili famosâ necne *argum. l infamem 7. de publ. iudic* quæ olim fuit distinctio *Iohannis*, quam post *Accurs. in d. l. 13.* non tãtum vulg. Dd communiter, sed etiam ex neotericis plerique magni nominis ICti sequuntur *Robert. sent. 17 Duaren. 1. disput. ann. 42, Cuiacius 10 observat. 26. VVesemb. in parat. de crim. stell. Donell. 18. comm. 8. Menoch. 2. arbitr. cent. 4. casu 381. num 30.* Atquin *Bocerus in appendice tractatus de crim. Maiestat.* aliam, quæ ipsi certissima videtur, conciliandi rationẽ proponit: quod iudicium stellionatus per se quidẽ famosum non sit, sed tum demum sit, si sequatur sententia & damnatio Verum, siquidem Boceri honori & existimationi consultũ volumus, ea componendi ratio dissimulanda & supprimẽda magis quam confutanda est: siquidem à iure nostro abhorrens propositio est: Iudicium aliquod ipso jure infamare: et si quidquam in jure nostro certi, hoc certissimum est, omne judiciũ omnemque actionem eo vnico respectu, quod damnatum sequatur infamia, famosam dici: Neque de judicio credendus est loquutus Martinus ab Accur. laudatus, sed de ipso crimine, quod ipso jure non infamet. Et tamen ista quoque sententia omnino inepta est: quia *in l. 2. de crimin. stellion.* ipsius judicij fit mentio, & quod sentẽtiam respiciat Iuriscõsultus, ex oppositione extraordinariæ coercitionis apertissimũ est: & sententia illa, crimen stellionatus ipso iure infamare Iurisconsulto fuerit indigna: cum nec ea crimina, quæ publico judicio vindicãtur ipso jure irrogent infamiam Addit idem Boce. aliã explica-

explicationem *dict. l.* 2. vt videlicet famosum ibidem sit, quod publicum, quoniam alias, ipsius quidem iudicio manifesto ineptus sit ICtus, cum omnis extraordinaria animadversio notam infamiæ secum trahat. Verum nimis insolens illa explicatio est; & videamus an non fortassis falsum sit, quod ita confidenter affirmat Bocerus, omnem qui extra ordinem coercetur fieri infamem. Equidem vel ipsa *l. 2. de crim. stellion.* falsum illud esse evincit: & præter illam *l. vlt. de extraord. cogn. iunct. prin. l. de obl. quæ ex del.* vbi in iudicem qui per IMPRVDENTIAM male iudicauit, (quem infamia notari durum fuerit) extra ordinem animadverti traditur: Itemque *l. 1. §. 1. de preuar.* ex qua advocatus, qui etiam in quocunque privato judicio prævaricatus est, extra ordinem puniatur: *item l. 3. ad S. C. Turpil.* quod qui in privatis etiam iudiciis calumniati sunt, extra ordinem puniuntur: & tandem textus omni exceptione maior *in leg. infamem. 7. de public. iud.* vbi expresse Macer ICtus negat, quod sententia ex omni CRIMINE faciat infamem: Atqui de publicis criminibus res certa est. Ergo loquitur de privatis extraordinariis: quod etiam his verbis subiicit ICtus: Ex eo crimine quod iudicij publici nō fuit damnatum infamia NON sequetur, (& vtique tamen hic extra ordinem animadvertit, nisi id crimē ex ea actione, &c: Vnde efficitur consequentia omnino necessaria, quod aliquando ex coercitione extraordinaria infamia non sequatur.

THESIS VII.

LIT. A. & B.

Modo sententia per appellationem] Hoc cum sit generale nō hic, vbi de crimine furti agitur, sed supra *th. 4. lit. D.* proponendum erat, vbi traditur quod per sententiam irrogetur infamia.

Cur omittitur actio damni.] Ratio apertissima est, quod in hac actione nullo modo dolus aliquis vindicatur, sed tantum ad damni dati restitutionem agitur.

LIT. D.

Nisi suscepto iudicio mox soluerit.] Generalius & pinguius vtitur his verbis, quia opponit litis contestationem, qua demum facta iudicium dicitur susceptum, videtur autem non improbare distinctionem quam ex Socino refert & probat etiam *VVesemb. h. tit. num. 9.* vt si de tali causa agatur, ex qua ipsum factum lex notat, necesse sit, ad evitandā infamiam offerri ante litē contestatam, vbi vero damnatum demū sequatur infamia, posse oblatione etiam post litem contestatam vsque ad sententiam evitari infamiam. Sed vtrumque probabile non videtur. Equidem quod ad prius attinet plerisq; casibus, quibus lex infamiam irrogat; frustra de oblatione disputatur. velut in deprehensa in adulterio, in ea quæ intra annū nupsit, in prodeunte in scenam: quin & ea fere facta, quæ ordinariā persecutionem & pœnam nō habent, à lege notantur. Et tamen licet terminos habiles pœnas, vbi lex ipsum factum statim notat, nō potest ad effugiēdam infamiam quicquam facere, postea facta oblatio, præsertim tum, vbi ad iudiciū deuentum est, & de causa tractatum vsque ad litis contestationem: quomodo quidem, vbi ipso iure irrogatur infamis, ea non evitari, sed purgari dicenda esset. Alterum membrum distinctionis inde dubium fit: quod si confessionis præsumptio, ad infligendam infamiam iure sufficiens, oritur ex pacto iuxta *l. 4. §. vlt. & l. 5. h. tit.* multo magis ex oblatione facta præsertim post litis contestationem: hæc enim longe violentiorem admissi criminis præbet submissionem.

LIT. E. & F.

Recte notauit Accursius tum demum ex his quatuor contractibus sequi infamiam, si quis damnetur nomine doli; quod pluribus confirmat *Donellus 18. comment. cap. 8.* vbi etiā inquirit in rationem cur speciale sit in his quatuor contractibus iuxta *l. 1. & l. 8. §. penult. & vltim. h. tit. §. 2. Instit. de pœn. temp. lit.* de quo etiam *Alciat. 2. parerg. 26.*

LIT. I.

Huc addendus notarius.] Constitutio Friderici loquitur de singulari casu, extra quem grauissima illa pœna amputationis manus non videtur extendenda. Cæterum, ex sententia relata à Menochio notarius eiusmodi crimine stellionatus tenetur, alias videri possit ipso iure notatus.

LIT. K.

Idem de relegatione.] Atquin specialis videtur ratio ictus fustium, quæ pœna est quasi extraordinaria & vaga neque certo delicto præfinita, vt non merito causam inspiciendam esse respondeatur: relegari autem quis & in exilium mitti citra notam non posse videtur. Neque obstat clausula. *l. 22. h. tit.* non tam quod ille versi. sit à Tribon. vt putat Anton. Fab. ibid. quam potius quia præter relegationem

X alia

alia exempla dari possunt. *ex l. 7. de pœn.* Nec obstat etiam quod *in l. 5. §. 2. de extraord. cognit.* *& in l. 28. de pœn.* relegatio cum ictu fustium coniungitur: quia non necesse est, quæ in vno aliquo vel etiam aliquibus similia sunt, in omnibus similia esse; nam & alias sequeretur ictum fustium semper infamare, qui *in dict. l. 5. § 2.* cum iis causis quæ ex edicto infames faciunt, coniungitur.

THESIS VIII.

LIT. A.

Negat infamiam facti in species deduci posse, quia consistat in factis, quæ sunt infinita. Atquin etiam infamia iuris ex turpibus factis nascitur: & quædam infamia facti ex facto non est, veluti qua laborare ex communi sententia spurius dicitur: quin & quæ ex increpatione iudicis vel testatoris provenit, de qua Treut. lit. B. &c. non videtur esse ex facto: nisi quis dixerit ex increpatione iudicis vel testatoris præsumi, quod turpia facta præcesserint, quibus adeo potius quam nudæ increpationi infamia sit adscribenda. Facile sane admiserim frequenter ex alia probrosa prauisque moribus eam infamiam trahere originē: quo respectu ita distingui potest infamia iuris & facti: quod quædam facta notet ius & lex siue recta & immediate, sive mediate per sententiam: quædam vero non notet, sed turpitudini propriæ relinquat. Secundum hæc non erit vniversale, quod ait, hanc infamiam contrario facto tolli: estque id paulo obscurius, nisi hoc intelligit, maculam & labem turpi vita contractam, ea in contrarium acta elui & purgari.

LIT. C.

An etiamsi quis bonis cedat.] Distinguit Treut. inter eos qui proprio vitio, & fortunæ vitio ad inopiam sunt redacti: Atquin illo casu non videtur esse locus cessioni per tradita *à Salicet. in L. 1. C. qui bonis cedere possunt. Bald. ibid. num. 8. Iason in §. vlt. Inst. de act. num 9 & 18.* nisi distinguas an quis in fraudem creditorum bona dilapidaverit, in quibus terminis Dd. allegari loquuntur, an alias culpa & negligentia ad inopiam peruenerit, quē etiam casum verba Treut. significant. Sed illud mihi dubium videtur, quod hoc casu cessionem bonorum infamare ait quoniam generaliter traditur *in l. vlt. C qui bon ced. possunt* iis qui bonis cedunt, salvam esse existimationem: & igitur quocunque casu cessioni bonorum locus est cessabit infamia, nisi more aut lege turpis aliquis ritus cessioni sit annexus cuius meminit *Cyn. ad Rubric. Cod. d. t. nu. 5.* quomodo decoctores in amphithearto catamidiari voluit Hadr. referente Spartiano, vbi pluribus id explicat Casaubonus Caretum infamiam facti decoctores qui bonis cedunt incurrere, non dubitarim, vel *ex Nov. 135.* vbi non semel cessionis remedium appellatur ignominiosum. Et ex ea Nov. (quæ tamen recens edita in vulgatis editionibus non extat, hoc quoque ad Treut. notandum, quod qui solo fortunæ vitio ad inopiam rediguntur, omnino bonis cedere non coguntur.

LIT. D.

An infamis Tabellio.] Verius videtur hæc sententia negans, quod præsertim contra Treut. defendi possit, huic muneri hodie inesse aliquam dignitatem, cum etiam iudices dicantur. An autem vulgo Dd. dissentiant, non liquet, & video à VVesembecio tantum allegari Ferrariensem & Bart. qui tamen *in l. ead. ad. l. Iuliam repetund.* diversam tractat quæstionem, an notarius ex crimine infami damnatus possit conficere instrumentum. Quod non adeo absurde consentientibus partibus affirmari videtur.

LIT. E.

An spurii pro infamibus.] Quoniam remissive hanc quæstionem attingit, breviter etiam hoc tantum notare libet, veram videri vulgatam Dd. sententiam, quod spurii aliqua macula laborent, non ex facto suo, sed propter illegitimos natales. Notantur illi à lege & diuina & Canonica, ex communi quodam gentium & Rerumpub. iure scilicet ex quo lex tantum probat concubitus matrimoniales, reliquos improbat & damnat, etiam ex his natos tacite notare videtur. Neque in Repub. labe quadam illi vacare possunt, qui patrem, agnationē & insignia non habent. Quod si in naturalibus etiam post legitimationem autore Baldo cicatrix quædam superest, quid in spurijs nisi hiulcum vulnus statuemus? Verum de hoc plura infra citato loco.

(*.*)

DISPUTATIO IX.

DE PROCVRATORIBVS ET DEFENSORIBUS.

Respondente

M. ANDREA LUDOVICO SCHOPPEN. Onoldino Franco.

THESIS I.

LIT. A.



VT *si donandi animo.*] Exempli loco hoc positum, cæteroquin etiam per cessionem ex causa emptionis vel permutationis procurator in rem suam constituitur.

Cui venditor cedere cogitur.] Habet sane etiam vtiles citra cessionem ex rescripto Pij, sicut quivis nominis emptor. Sed possit aliquando actio directa esse commodior, quod notat *Ant. Fab. 12. conject. 6 inf.* male tamen allegans Text *in l. minor. 39 §. 1. de euict. & Castr. in l qui stipendia 9. C. h. t.* Vnde explicanda *l. 1 C. de O. & A.* vbi vendito nomine, & venditore sine hærede mortuo, tantum vtili actioni locum esse rescriptum est, quod ex persona vendentis defuncti actio directa intentari non potest. Illa alia quæstio est de qua Pacius, an procurator in rem suam secundum edictũ prætoris *in l. 33. h. t.* dominũ defendere teneatur: vbi ipse male procuratorẽ ex necessitate factum dicit qui dominus cogitur cedere actiones: cum ita dicatur, qui ex necessitate quadam suscepit actiones, qua de causa *in l. 34. § vlt. h. t.* negatur dominum defendere debere. Exemplum proponit Accurs. in eo, qui debitoris inopis nomen in solutum accepit. alia duo adiicit Bart. ibid. si in actione fam. ercisc. nomẽ alicui assignatum, vel in alia actione insolutum adiudicatum sit: vt proinde iniuriam Dd. faciat *Anton. Fab. 12. conject. 10* imputans illis: quasi, ex necessitate, & ex causa onerosa factum, pro eodem haberent, quamuis exempla proposita sint de causa onerosa. Sed ad quæstionem paulo ante propositam expedita videtur responsio, per distinctionem, an quis vtilibus nomine suo, an directis nomine cedẽtis, actionibus experiatur: quã præcisè sequitur *Faber in d. loco.* Sed obstat *l. 34 h. t.* ad quã non placet emendatio Ant. Fabri, vt proprio nomine ibi emptorẽ egisse legamus, vel quia emẽdationes otiosæ sunt, vel quia in rem suam proprio nomine agere non dicunt ICti, sed nomine procuratorio. Et ergo distinguendum cum Dd. I. An procurator factus sit ex necessitate qui defendere non tenetur, an secus. II Hic sub distinguendũ, an ex lucrariua factus, qui defẽdere semper tenetur, an ex onerosa III. Hic porro distinguendum *arg. d. l. 34.* an cessio facta sit bona fide: & non defendere tenetur, an secus, & tenetur. Sed obiicit Faber, quod cum in *l. 33 §. vlt.* indistinctè dicatur, non factum ex necessitate teneri defendere, non nisi absurde ad causam lucrativam, vel casum in quo dolus interuenit, illud restringi possit: eaque de causa Castr. & alii casum quærunt lucratiuæ causæ cum necessitate coniunctũ. Tribus modis huic obiectioni occurri posse mihi videtur. I. Vt duo illa loca *in l. 33. & § vlt. & l. 34. h. tit.* coniungantur, ex iisque coniunctis quæstionis huius decisio petatur. II. Vt distinguamus inter actionem quæ ex eadem & diuersa causa descendit: vt illo casu, qualis proponitur *in l. pater 70 h. t.* ex onerosa causa factus defendere teneatur. III. Inter eum qui oneroso titulo acquisiuit actionem singulatem, & qui per vniuersitatem: vt hic demũ, de quo agitur in *d. l. 34 h. tit.* vbi omnia bona fide gesta sunt, defendere non teneatur. Neque obscura est differẽtiæ ratio, quod hoc casu v c. emtor hæreditatis non nomen aliquod siue hoc, siue illud, sed totã hæreditatem spectauit, adeoque merito exercendo actionem, quam inter cætera in hæreditate bona fide empta inuenit, defensione venditoris onerari non debet.

Vnde statutum.] Quod procurator in rem suam vere procurator non sit, & statutũ de procuratore loquens, de eo non intelligatur, multis autoribus probat, *Schrad. citata part. 10. Sect. 8 concl. 1. n. 4 & 3.* Id tamen non simpliciter negandum, sed cum multæ & variæ sint procuratorum qualitates, de hoc ex re ipsa, de qua statutum loquitur putaverim esse statuendum: siquidem non pauca sunt, quæ etiam procuratori in rem suam accommodari possunt, veluti quod lite nõ contestata dominus prævertere potest *l. 3. C. de nouat* quod dominum defendere tenetur *l 33 §. vltim h. t. &c.* quid, quod directas actiones nomine cedentis moventi definitio a Tt. tradita comperit?

Nec absque consensu actoris.] Nec cum præcedẽtibus hoc bene cohæret, & obscure proponitur: sed sensus est, ex Schrad. citato loc quod absque cõsensu actoris, in eius præiudicium, ex

parte rei procurator in rem suam constitui & intervenire non possit. Exempla de venditore rei singularis vel emptore hereditatis proponit *Castren. in l. si actor 29. h. t.* Cæterũ in vniuersũ ratio manifesta est, quod inuito creditori alius debitor substitui nõ possit licet, possit inuito reo nomen vendi alteri *leg. 3. Cod. de hered. vendit.* Ratio præterea, quæ adducit Schrad. *dict. loc.* dari potest: tum quod licet ius directarum actionum non minus inseparabiliter personæ creditoris inhæreat exercitium tamen eorum separari potest: cuiusmodi exercitii cõsideratio in reo nulla est: tũ quod nihil interest rei à quo conveniatur, interest autem actoris, hunc potius habere reum: intellige autem, non posse alium obiici actori in iudicio reum, qui eodem iure quo reus actionem excipiat: cæterum cum satisdatione de iudicio soluendo, quamvis etiam invito actore defensioni rei se offerre posse constat.

LIT. B.

Actio vel defensio.] Est ex collectione partium composita descriptio non accurata definitio, quia non competit tota singulis speciebus.

Nam definitio in l. 1.]Non sat apparet, quo ista verba parenthesi inclusa pertineant, cæterum videtur velle reddere rationem, quare non vsus fuerit definitione ICti *in l. 1. h. t.*

Exceptis quibusdam casibus.]Apud. Wurmſ. nihil tale, in seq. distinguẽdum, an reus forte propter qualitatem causæ præsens comparere cogatur, an secus: quem casum citatus Mynſ. proponit. quamvis haud sciam an satis bene ista sententia defendatur argum. Edicti, *quod quisque iuris &c.* quippe quod ita accommodandum huic casui videatur, vt actor postea ab alio in iudicium vocatus, præsens teneatur litigare.

LIT. C.

Qui proprie cognitor dicitur.]In textibus citatis nihil de cognitore: Res ipsa quid cognitor fuerit, non satis est liquida. Tr. cum definit defensorem, & aperte tantum à partibus rei cõstituit: quod non cõvenire videtur traditis à *Paulo sent. 2. & l. vltim. C. th. de cognit.* nec apparet satis rationis, ob quam non ex parte actoris cognitor dici possit: Generale est illud Hort. 2. Sat. 5.

Ire domum atq;
Pelliculam curare iube sis cognitor ipse

Nã quod Asc. Ped. cognitorẽ vocat defensorem familiarissimũ, ex parte actoris cognitorẽ intervenire nõ posse, minime evincit: cæterum in distinguendo cognitore & procuratore ego cont. Tr. sequor *Robert. 2. rect. sent. 1.* quia etiã à præsẽte constitui procurator potest: & est revera illa distinctio præsentiæ, & absẽtiæ accidẽtalis: hæc autẽ essẽtialis, quod procurator (vt ait Pœd.) negotiũ in se suscipit, & dñs sc. litis efficitur: cognitor tantũ vicariã & ministri operã præbet, in se iudicio nõ translato: ex quo tamẽ hoc consequitur, quod fere in casu cognitoris dominũ oportuerit esse præsenẽ, posterioribus temporibus fortassis istam differentiam obseruatã non fuisse indicium præbet *l. vlt. C. Th. de cognitoribus.*

Qui absentis causam cum satisdat.] Nisi subaudias verba, *sine mandato*, vitiosa erit definitio: quod etiam procurator rei de iud. solv. satisdare cogitur. *l. vn. inf. C. de satisd.*

Diss. vulgo Dd.]Illud vtiq; verũ est quod defensoris verbũ etiã eũ contineat, qui cum mandato reum defendit: sed Tr. hoc nõ obscure imputat Dd. quasi hunc negent esse procuratorẽ: in quo ipsis iniuriã fieri nullus dubito. Licet enim *Acc. in l. 1. de procur.* ita loquitur, ipse tamen *in l. inf. C. de satis.* expresse procuratorẽ rei agnoscit oppositũ defensori, qui non habeat mandatum. Et qui hoc non agnoscant Dd per Tex. exp. *in d. l. vn. & in § si vero aliquis I. de satisdat.* quo vtroque loco omnes commentatores *in Cod. & inst.* procuratorem rei statuunt.

LIT. D.

An procuratoris datio.) Ad quæstionẽ hanc decidendã quid sit actus legitimus fuerit definiẽdũ: quod nõ præstãt Cui. & Hot. aliquid præstat Tr. *s. disp. 27. th. 4. lit. A.* in cuius sententiã proclivior sum: quod alias, vt recte Cuj. nihil non fere sub actus legitimos referri possit. Et magis est vt datio procuratoris nõ fiat nisi per modũ contractus. Et ratio Hottom. qua sola mouetur, præsupponit, & quod omnis qualiscunq; cessio sit actus legitimus: & quod in cõstitutione procuratoris singulari cessione sit opus. Atqui II. nihil nisi mandatũ desiderant, etiã vbi de procuratore in rem suã tractatur *l. 5. & 8. C. de act. vend. l. 1. & 6. C. de oblig. & act. l. vltim. C. quand. fisc. vel priu.* quin *in l. 65. O. h. t.* literæ ad aduersarium directæ, vt quis actionem alieno nomine mouere possit, sufficere videntur. Fac, quod etiam procurator generalis, etiam cõiuncta persona, etiã pro cuius mandato præsumitur, cum cautione rati circa aliam cessionem admittitur.

LIT. E.

Excipio causã status.]Intellige in specie quæstionẽ de libertate & seruitute, & quidẽ ex parte eius cui cõtrouersia mouetur, vel potius, qui sui controuersiã domino movet: quod nominatim cõstituit Iustin. *in l. 1. C. de ads. toll.* respiciens vid.

eo quod iure veteri servus in libertatē vindicabatur per adsertorē, qui tamē à procuratore lōge distat. Nihil igitur reuera hic mutauit Iustin. & l.33.§.1. h.t. satis perspicue loquitur de aliis causis, non ipsa quæstione status quia postrema est Accur.,& ab ipso probata respōsio idq; significat summa Bal t. ad illum §. quod pendentia litis habilitet aliquem, qui alias esset inhabilis: innuens scil. quo ad alia, eum de cuius statu litigatur, ordinata & ita pendente lite haberi pro libero l.24 de liber. caus. l.14.C eod.

Causam popularem.]Ratio hic non ea est, quæ in causa status, sed quid hic par & æquale omniū ius: quod fallit, vbi quis proprium interesse persequitur: quo respectu actio illa non popularis sed priuatæ habet rationem.

Idem interdicto de liberis.] VVesembecii ratio, quod hæc petitio mere sit personalis, non videtur concludere: & cū hoc interdicto non nisi exhibendo agatur, nihil impedire videtur, quo minus exhibitio per procuratorem petatur Sequitur autem interdictum de ducendo *l.3 de liber exhib.* cui magis ratio illa est accommodata.

LIT F

Infamosis]Distinctio hæc, an causa famosa popularis sit, nec ne, vitiosa est: non tā, quod quædā causæ populares criminales sunt, cum tamen hic de ciuilibus tantum agatur: quā potius quod causæ, vt ita loquar, famositas, non facit, vt tanto minus admittendus sit procurator, sed ex eo, an persecutio criminalibus publica ne, an civilis privata sit, decisio huius quæstionis petenda est: velut nec in ijs popularib' causis quæ famosæ nō sunt, admittitur procurator. Amplius sententiam suam non recte confirmat *ex l.39.§. vlt. h.t.* quæ de reo tractat, an defēdi possit per procuratorem: neque enim dubium est quin illo loco legendum sit, nō, *accusabitur*, sed *excusabitur*, quod ipse contextus & quæstio ibi tractata, de tutore suspecti postulato, evincit: ideoque hic distinctione inter actorem & reum opus est: siquidem ex huius parte, etiam in popularibus & criminalibus quibusdam causis, procurator intervenire potest.

Dissentit Maranta.] Hic quoque offendit Tr. quod cū quæstio & distinctio hæc ad causas civiles pertineat, de quibus nominatim hoc proponitur lit. E. vtrique Marant. allegatus, de causis criminalibus tractat, in quibus etiam tātum relegationi relinquitur locus Sed & amplius distinctio illa Dd. ad rem tantum pertinet: & tamen quæstio proponitur de procuratore rei & actoris.

LIT. G.

Alias enim processus.]Incaute affirmat Tr. in genere, si procurator talis non sit vt dari potuerit, processum esse nullum: siquidē pro regula traditur, quod exceptio procuratoria non nisi vsq; ad litem contestatam possit opponi. Exemplum est in milite, qui licet recte procurator non detur *l.5.C de condict. caus. data l.7 C h t* ne quidem si pars adversa consentiat expresse *l 8.§ 2 h t §. vltim Inst. de except.* attamen si pars adversa litem cū eo contestata sit, consistit iudiciū, ita vt eius litis effecti domini, recusandi porro nulla sit potestas *d.l.8.§.2. & l.13. C h. tit* Neque obstat *l. 24 C. eod.* quæ loquitur de falso procuratore qui non habet mādatum, cuius defectus, ad annullandum processum efficacior est, quam defectus quivis in persona. & cum *Dd in d.l.24.* inter exceptionem, tu non potes esse procurator, &, tu non es procurator, est distinguendum: quæ duo à Treutl. confusa esse ex allegato Vantio colligere licet.

THESIS II.

LIT. A.

Mutus & surdus.]Hi vtique sub ea regula, qua in thes. qui consentire non possunt, procuratorem dare posse negantur, referendi non erant: quia vtrique consentire possunt, adeoq; procuratorē & dare per eum modū qui procedere potest, vt loquitur *ICtus in l.43 in pr. h tit* cuius sequentia verba, *forsitan & ipsi dantur, &c.* obiter hic asserere libet contra Ant. Fab qui ea Triboniano ascribit tribus rationibus. I. Quia ineptū sit dubitanter scribere JCtum. II Quia surdi & muti nō possint esse tutores. III. Quia stultus sit, qui talibus vtatur procuratoribus Verum hę rationes tāti nō sunt: etenim I Particula, *forsitan,* sæpe elegantiæ & modestiæ causa vtuntur autores: & ex Fabri quidem sententia de hoc dubitari posse, ipsius rationes faciunt fidem II Latissima differentia est inter tutorem & procuratorem ad negotia: tum quo ad ipsam administrationem, tum quod non eligunt tutores ipsi pupilli, sed accipiunt datos ab aliis, qui idoneos constituere necesse habent Ex quo & tertia ratio corruit: quivis scilicet est rei sui arbiter & non magis stultus erit talis, quam qui pupillum negotiationi suæ proponit institutorem: & id tamen recte fit *l 6.§. vlt. de inst. act.*

LIT B.

Ait hic, quod excommunicatus non possit cogi dare procuratorem. Atqui ex communicato agere volente, quæstioni locus non est: cæ-

terum si de eo convento quæratur sententia ista falsa videri possit per *cap. 7. de iudi.* vbi dicitur quod debeat respondere per alium. Quæ constitutio inepta futura sit, si hoc arbitrio & voluntati excommunicati relinqueretur.

Lit. C.

Ita etiam vt cœptam actionem.] Existimat igitur Treutlerus facilius esse, vt actiones ante bannum cœptas prosequatur, quam instituat nouas. Quod licet ita etiam proponat *Gail. 2. de pact. public. 12. numer.* 11. non satis tamen rationi iuris conuenire videtur. Nimirum quæritur aut de actionibus nouis ante bannum vel postea quæsitis. Illarum eadem ratio est quæ antea institutarum, quæ cum omnes publicentur, earum nomine, actionem, aut institui, aut institutam continuari vel absolui fuerit absurdum: quod probatur exemplo deportati. *l. 47. de fideiussor.* & confirmatur *argument. l. 4. in princip. si quis caut.* vbi dicitur deportato eo, qui ante ex causa ciuili iudicio sisti promiserat, exceptioni esse locum. Neque obstat 5. *§. final. de public. iudic.* vel quia restringi potest ad pœnam deportatione minorem, vel quia alia ratio est actionis & obligationis priuatæ, alia accusationis publicæ, in qua interesse reipublic. & sceleris vindicta vertitur. Cæterum actiones postea quæsitas interim vtiliter exercet deportatus, licet successorem olim fiscum & hodie proximos cognatos habeat *l. 22. §. 4. mandati l. 14. 15. d. interd. & releg. l. 2. Cod. de honor. damnat. Numer. 17. cap. 2. Numer. 134. cap. vltim.* in quo videtur deterior conditio banniti per tradita à Gail *d. lib. 2. de pact. publ. c. 12.*

Tentari tamen potest.] Ait defendi posse bannitum, si in ius vocetur. Verum nulla plane hic ratio potest esse dubitandi quoniam eum in ius vocare, sit experiendi iuris causa vocare, omnis citatio necessario facultatem defendendi sui præsupponit. Sed illud dubium, an bannitus omnino in ius vocari possit, siquidem nulla omnino bona habet, sed omnia omnibus permittuntur, vt adeo non ipse bannitus, sed fiscus videatur conueniendus, quod in deportato certo iure traditum est: neque quod bannitus de facto bona retinere potest, inde ius ipsum mutabitur.

Facit quod etsi bannitus.] Ratio hæc arguit eum agere de bannito ab aliqua ciuitate aut principe Imperij: vix enim ius commune de iure gentium, & ciuitatem de vrbe Roma accipere possis. Sed nulla ratio dubitandi, quin bannitus in alia Republic. & agere & conueniri possit, & quæstio de eadem Republic. in qua quis bannitus est, formari debet: nam & verbi causa à Romanis olim bannitus, si ad Parthos vel Germanos migrasset, procul dubio apud eas gentes in ius vocari potuit & defendi: sicut & bannum Imperij nostri extra Germaniam vires non habere constat.

Idemq; in excommunicato.] Non puto satis bene hunc comparari bannito: siquidem excommunicatio animam, & iura spiritualia non temporalia concernit: qua de causa excommunicatum ciuem manere nullus dubitauerit.

Lit. D.

Multos coniungit Treutlerus excommunicatum, bannitum, captum ab hostibus, in quibus non est eadem determinatio: contra doctrinam *Iohannis Fabri in §. sin autem Institut. de satisdat. vers. eodem obseruat.* & regula subiecta de ijs qui vel domini non sunt, vel non absolute sui iuris, vtique fallit in excommunicato: imo amplius fallit in patre administratore & vsufructuario bonorum filij, in prælatis & episcopis, in executoribus vltimarum voluntatum: quæ tanquam communissime recepta omnibus contra Gloss. damnatam tradunt *Bald. Salic. Castren. & alij Dd. in l. neque tutores. Cod. h. tit. Ang. in §. sin autem 1. de satisdat. numer. 7. Iohannis Fabri ibid. in vers. eod. obseruand. in l. quod quis 8. Cod. h. tit. in octau. limit.* Eoque hæc potius regula videatur statuenda: eos non posse dare procuratorem, qui vel plane non, vel non suo nomine, personam standi in iudicio habent: vnde minor etiam curatorem non habens, licet recte contrahat,

trahat, procuratorem tamen ad iudicia recte non dabit.

LIT. F. & G.

Sed non absolute sui iuris.] Non recte minorem referre videtur inter eos, qui non sunt absolute sui iuris: quoniam non datur tertium vel medium inter membra opposita, eorum qui sunt, vel non sunt sui iuris. Et vt maxime hoc aliqua ratione defendi possit, inde tamen non recte videtur peti ratio, cur non possit dare procuratorem: sed inde potius, quod ipse idoneam in iudicio standi personam non habeat. Minus recte filiusfamil. dicitur non esse absolute sui iuris quia hic simpliciter non est sui iuris: sed respectu quorundam bonorum pro patrefam. habetur.

THESIS III.

LIT. A.

Nisi in rem suam dolus] Hoc ita simpliciter in Textu iuris Canonic. proponitur: sed videri possit ex ratione iuris nostri distinguendum: an *ver. caus.* cui venditum est nomen & mandata actio, actiones vtiles proprio nomine, an directas procuratori & mandantis nomine quamuis & hoc casu rem suam gerere dicatur *l. 9. Cod. h. tit. fac. l. illam 33. Cod. de donation* mouere & exercere velis.

Vel à domino potestas.] Hoc tamen casu non substituunt iure & nomine suo, sicut cum item contestati sunt, sed nomine domini tanquam nudi ministri: quod recte notat *Castren. in l. 8. & in l. neque 11. Cod. h. tit.*

Qui post litem contestatam demum.] Hanc Azonis opinionem etiam probant *Salicet. d. l. 20. in Cyn. ibidem infr. Bald. ibidem & Sichardus numer 5* qui omnes in argumenta adducunt *l. 1. Codic de consort. eiusdem lit.* ex qua tamen sententia hæc non iuuatur, quod ib. consors ab initio absens fuit, alias cautione rati non fuisset opus. Et sane repugnat huic opinioni, quod hic cessat vnica & sola ratio, quæ procuratori ius substituendi facit, quod scilicet litis contestatione dominus efficiatur litis. Et improbabile est, quod Doctores paulo ante citati, primum actum à substituto tali gestum, vicem litis contestationis obtinere contendunt: tum quia rationi non conuenit, vt actus aliquis essentia plane diuersus, ad inducendum præsertim magni momenti effectum, pro litis contestatione habeatur: tum quia ita porro alter substitutus post primum actum iudicialem, poterit substituere, & ita progressus erit in infinitum. Secundum hoc sequor potius *Castren. in d. lib. 20. & ibidem Bartol.* qui recte distinguunt, vt tum demum procurator post litem contestatam factus substituere possit, si dominus ei cesserit actionem ita, vt in eum vtile transferit dominium: vel etiam, si vt Castrensis loquitur, dominus fecerit remitti omnes actus iudiciarios vno contextu in personam procuratoris, id est, vt loquuntur ICti, si authore prætore iudicium à domino in procuratorem fuerit translatum: quo casu perinde habetur, ac si procurator initio iudicium suscepisset, & ipse litem contestatus fuisset: eoque recte defendemus, talem procuratorem statim nullo actu iudiciario gesto, substituere posse, & ita quidem, vt substitutus totum negotium totamque causam prosequatur, per textum *in l. 8. Cod. h. tit.*

LIT. B.

Verba thesis ita habent: quod procurator in causa appellationis substituere possit alium, nisi ab interlocutoria sit appellatum. Ex quibus efficitur absurda sententia, quod plus iuris habeat & retineat procurator post sententiam definitiuam, quam post interlocutoriam. Eoque dicendum hic esse errorem typographicum & addita negatione legendum, *substituere non poterit alium, nisi, &c* quod & ratio subiecta suadet de sententia litem finiente, & communiter tradunt *Dd. in l. 17. Cod. h. tit.* quod si ab interlocu-

toria

toria fuerit appellatum, causam procurator teneatur prosequi, *& ex Dd. VVormser. lib. 1. tit. 5. obseru 9.* etenim Tr. qq. has coniunctas, re ipsa tamen diuersas, commiscere videtur, an procurator causam appellationis prosequi, & an in ea substituere possit.

Ad omnes ca sas præsentes, &c.] Imo si saltem datus sit simpliciter ad agendum, petendum & defendendum causam appellationis procuratorem recte prosequi, tradunt *Bald. in l. 17. C. h. t & Salic. ibid. n. 12.*

LIT. C.

Etiam tractanda in loco remoto.] Vel hinc patet, à Tr. cod. haberi posse substituere, & posse prosequi: quia *in d. l. 7.* communius assertioni huic, quod procurator causam appellationis ab interlocutoria prosequi teneatur, istam limitationem subjiciunt, nisi causa tractanda sit in loco remoto: quæ manifestam habet æquitatem hactenus nimirum, vt procurator sese exonerari, & dominum ipsum ad causam agendam citari iure petere possit.

Quando appellare teneatur.] Altera pars huius distinctionis, si ad vnũ actum datus sit procurator: tradita etiam à Iason. *in dict. l. 17.* nullam videtur habere dubitandi rationem. Prior pars communissime probatur *à Dd. in sæpe d. l. 17. Cod. h. t.* per illum Textum, & in eo verbum, *vltra,* quod necessario infert: post sententiam, aliquid adhuc incumbere agendum procuratori: idque confirmat verbum sequens *extendere*: est enim appellatio de annexis & appendicibus primæ instantiæ, vt ait *Castr. in d. l. 17 n. 4. & ibid. Sich.* quia fit coram eod. iudice *Ias. ibid. in prin.* Neque probanda est limitatio *Bart. & Cyn. ib. n. 14.* nisi procurator iuste succubuisset: quoniam cum pro sententia præsumatur, ratius ita appellare teneatur procurator, contra Textum generalẽ *in d. l. 17.* vt merito Sich. ibi tutius esse dicat, vt semper appellet procurator: nisi quis sufficere putauerit, si domino denũcietur, quod subjicit *Tr. & dict. n. 14. tradit. Cyn.* Quod tamẽ nõ aliter admittam, nisi spatij satis sit domino ad respõdendum, & vt domino non respondente procurator nihilominus appellet, quod hinc nullum præiudicium domino, qui appellationem libere deserere potest, inferatur. Et facit pro hac opinione *l. 31 §. 2. inf. dict. neg. gest.* Non obstat *l. 9. §. 4. Mand.* quia aliud sunt exceptiones friuolæ, quibus fideiussor vti non tenetur: aliud appellatio, quia suspenditur sententia, ne transeat in rem iudicatam. Neq; *l. 63. §. 1. de euict.* quia actioni de euictione semper locus est, nisi appareat de manifesta iudicis iniuria *l. 51. d. t.* & erga omissa appellatio non aufert neque tollit actionem de euictione, quia sententia præsumitur esse iusta: Non obstat etiam *l. vlt. inf. d. rest. in integ.* Etenim vel procurator ibi non fuit soluendo, vel vtilius fuit in integrum restitutionẽ petere, quam actione mandati contra procuratorem experiri: cum præsertim potuerit esse iusta causa ob quam non appellauerit procurator, & hoc argumentum etiam ita retorqueatur: q si iure communi domini vsi fuissent, nullaque plane culpa esset procuratorum, restitutio potius fuerit neganda. Minus obstat *l. 10. C. d. app.* vel quia arg. à contr. sensu contra alios Textus non procedit: vel potius quia ibi non de necessitate sed facultate, appellandi quæritur, an ex duobus, de quibus ibi tractatur, curatore & actore, ea competat vtrique an alterutri. Illa alia quæstio est, de prosequenda appellatione cuius rei facultatem non obscure procuratori adimit Tr. dum lit. B. in causa appellationis eum substituere posse negat: quæ etiam videtur sententia *Br. in dict. l. 17. & ibid. Cyn. nu. 14.* sed communius est, receptum posse prosequi, *Gloss. in l. 10. d. appell & in l. vlt. an per al. caus. appell.* & probatur optime ex *l. 9. C. dict. appell.* vbi alias nulla esset ratio dubitandi: sed non teneri. Ita post *Gloss in d. l. 17. Cyn. Br. Bl. Salic. Castren. Iason. Si. h. ibid.* Aliud visum fuit *Placentino* & antiquis, vt refertur *à Gloss. Cyn. Bl. & Castren.* quos sequor *I. Per d. 17. iunct. l. 31. §. 2. d neg. gest* quæ enim à iure necessitas appellandi imponitur, ad nudum illum appellandi actum restringenda non videtur, cũ & hoc ipsum mandatum videatur, vt causa ad extremum finem perducatur: & cum per appellationem suspendatur sententia, dominium litis, quod per litis contestationẽ in procuratorem translatum est, nondum videtur plane expirasse. II. Probatur hæc sententia ex *l. vlt. an per al. causa app.* ad quam diuinatoriæ sunt solutiones *Glo. ibid. & in l 17. Cod h. t.* & arg. *l. 8. §. mand.* quæ ideo de prosecutiõe appellationis accipiẽda est: quod ad nudam appellationis interpositionẽ, sumptibus vel õnino nullis, vel plane exiguis opus est: neq; audiendi aut *Salic. in l. 17. C. h. t. n. 8.* qui Notario pecuniam dandam, aut *Castr. ibid. n. 7.* qui pecuniam ab appellante deponendam comminiscuntur, de quo vide etiam *Dd. allegatos à Iasone in d l 17. col. 2.* & rectius respondet Cyn. diuersam rationem esse fideiussorum, qui dum soluendo actionẽ mandati sibi parant, nihil

nihil omnino, quod ad victoriam causæ pertinet, omittere debent. Facit, quod ipsi Dd communius facultatem prosequendi procuratori cōcedunt: non videntur autem leges hoc libero arbitrio permisisse. Facit denique, quod cum à iudice dato ad dantem, V C. prætorem appelletur, non videtur iure recusaturus procurator, quo minus ad eum, qui initio actionem & formulam dedit, causam porro prosequuturus, revertatur. Neque captanda sunt cum Salicet. verba *d. l.17. vltra, & extendere*: quæ non ipsa appellationis prosecutionem, sed causam diuersam excludunt: & simplex illius loci sententia est, quod procuratio suscepta ad alia negotia non extendatur: itaque seq. de defensione suscipienda confirmationem & hic antiquos contra; *Glo. Bartol. Bald. Salicet Iason.* & alios sequor, quod tota illa lex de procuratore actoris loquatur, qui neque alia negotia suscipere, neque defensioni absentis, videlicet extra casum *l.33.§ pen h.t.* se offerre teneatur. Nihil etiam movet *l.9.C.d appell.* nam quod dominus vltro causam appellationis suscipere potest non facit quominus absente eo ipse procurator respondere teneatur arg. *d. l vlt.* an per al. causæ appell.

THESIS IV.

LIT. B.

Propositio hæc, quicquid concessum est minoribus, multo magis concessum esse pupillis, ambigua est: si quidem ex sententia Tr. passim, minor civiliter obligari, hæreditatem adire, iuramentum deferre, & alia pupillo non concessa, facere potest. Sed Treut. videtur ea intelligere, quæ speciali ætatis favore iure introducta sunt. Atqui in his terminis contra mentem Tr. vix erit vera inversa propositio, cum ætatis pupillaris, quam minorennis maior sit favor, quod vel exemplo obligationum ostendi potest.

LIT. C.

Quæritur hic an sententia iudicio cum falso procuratore agitato, lata, à domino rata haberi & ita validari queat. (Etenim in casu pendentis adhuc iudicij res expedita est, quo pertinet *l. licet 56 dict. iudic.* quomodo eam recte accipiunt *Br. in l.24.C.h t. Salic. & Cyn. in l.4. C. in quibus causis, in int. rest.*) Distinguit Tr. an agatur de commodo an præiudicio domini, id est, an sententia contra an pro falso procuratore lata sit. Verum illo quoq; casu scrupulum mover, quod cum procurator falsus nihil in iudicium deducat, *l.licet 56. de iudic.* & ita sententia ipso iure nulla sit per *l 24.C h.t* adeo quidem, vt exceptio talis iudicium retro nullum reddens, vsque ad mille annos opponi possit, vt post multos tradit *Vant. cap.11. de nullitate ex defectu mand. nu 99.* remittere quidem & donare ius suum dominus posit, sed vt sententia ipso iure nulla tanquam sententia valeat ratificatione sua efficere non posse videatur. Neque obstat exemplum à contractibus petitum: quia ex ijs qualiscunque procurator ipse obligatur, eoque actus ipso iure validus, ratus à domino haberi potest. Magis obstat *l.3.§.vlt. rem. rat. hab.* ex qua quidem Dd. sine controversia in sui præiudicium ratificari à domino sententiam posse putant: neque mirum: si verum est, quod *Castr.* scribit *in l. licet 56. d. iud.* etiam procuratoris falsi personam quodammodo legitimari per litis contestationem, & per iudicis super causa pronuntiationem, adeoque reperire aliquid ratihabitionem in quo operetur. Quo quidem admisso nō absurde dicemus contra Tr. etiam in fauorem sui dominum ratam habere posse sententiam quod tradit *Glo. in l. si mater § hoc iure de exc. rei iud* quam sequuntur *Br. in l.4. C. in quibus caus. rest Ias in l 24. C. h t. Sich. ibid. inf. Castren in d l 4. & in d. l. licet 56 d. iud.* idque, si antequam opponatur de falso procuratore, interveniat ratificatio, vt recte notat *Tess. dec. 7.* qui proponit casum, vbi parte adversa appellante, dominus falsi procuratoris in secunda instantia comparet: cæteroquin in dubio ratihabitionem non admiserim, per rationes bene adductas *à Salicet in d. l.4. C in quibus caus.* cum præsertim quidquid dicat Castren. vbi nihil in iudicium deductum est, nec litis contestatio: nec secuta sententia posit legitimare procuratorem. Neç male *ad l.3.§.vlt im. rem. rat. hab.* respondet idem Salicet. quod iudicium & sententia in præiudicium falsi procuratoris aliquomodo subsistat, vt adeo dominus eum facile posit trahere contra se: (vt loquitur Salicet.) maxime interueniente cautione rati, quæ facit, vt quodammodo per obliquum iudicium illud habeat effectum. Eaque sententia olim fuit Petri, quem sequitur *Cyn. in d. l.4* & non obscure probatur *in Glo. ibid.* vbi distinguit inter ius speciale & commune: Neq; (quæ ratio fuit Petri) esse debet in arbitrio domini, ac sentētia valere debeat nec ne;

Per l.1.C. quib. res iud. non noc) Neq; hoc Textu vtuntur Dd. neque ille vllo modo sententiam illorum confirmatur: vel quia est de ratificatione sententiæ, in sui præiudicium, vel potius quia

est de coniuncta persona, quæ cum iure permittente cum cautione rati agere possit, falsus procurator dici nequit. In eo autem omnino errat Tr. quod eum locum explicat de defensore: siquidem, ex eo quod ibi dicitur iterum acturo non obstare exceptionem rei iudicatæ, necessario efficitur, coniunctam personam interuenisse agendo. Et ita istam L. recte explicant *Glo. Br Bl. Salic. Castr. ibid.* qui post Glo. nominatim. *defensionem*, ibi explicant de actione, & videntur nihil aliud ibi nisi curam & tuitionem significare, simul etiam eo forte respexisse Impp. quod qui alieno nomine actionem petit, etiam de defendendo cauere debet *l. 3. §. ait prætor. h. t.*

Cum etiam iure Saxon.] Ratio dari potest, quod procurator ita datus pro falso habendus sit. Videri tamen possit, sicut fauore ætatis, ita sexus, quæ gesta sunt sustineri debere.

De iure Sax perinde est.] Non potest esse perinde, cum maritus non sit curator vxoris: & vt subijcit Tr. opus sit, vt vel auctore curatore vel iudice mandetur marito im..., vt tradit *th. 5.* Etiam, vbi cum marito contrahit vxor, curatore opus est.

THESIS V.

LIT. A.

Nisi in casu necessitatis.) Non satis apparet, quam intelligat necessitatem, nisi forte respexit *ad l. exigendis 12. C. h. t.* & ibi amplius de defensore agitur: & extra casum illum quoque minorem recte esse procuratorem, probat ipsa addicta *l. 51. h. t.* quod vtique casus omnes quibus minor non restituitur, non possunt dici necessitatis. Illud constat, de quo pluribus actum est *disp. præced. th. 2.* si minor à parte aduersa admittatur, non committi nullitatem: ideoque verum non videtur, quod statim subijcitur, idoneum esse minorem tantum respectu eius cum quo agitur, non respectu iudicij nisi forte hoc intelligit iudicium forte re ipsa & effectu nullum, vbi minor in integram restitutionem impetrauerit: cæteroquin sibi ipsi contradiceret, probant Doctores, qui iudicium nullum esse negant. Et tamen vereor vt hæc defensio satis patrocinetur Tr. siquidem ipse initio lit. B. in ijs causis, ex quibus minor in integrum non restituitur, idoneum minorem esse tradit: & vbi restitutione opus est, actus ipso iure valet: sed & nec restituitur minor, vbi in persona ipsius alius lapsus est, neq; adeo alio casu qualiter sententia Tr. defendi possit, quã vbi stultitia aduersarij minor ita admissus est, vt ipse de rato vel iudicato soluendo caueret, eoq; respicere videtur illa verba, quod cautio facta nihil aduersario sit profutura. LIT. D.

At hic Treut. etiam stante Dd. sententia, quod minor procurator esse non possit, eam tamen limitandam esse in minore, dignitatem in iure consequuto. Cui sententiæ obstat, quod ipse Tr. lit. B. in F. etiam hunc minorem in contrahendo lapsum restitui ait: ipsa autem procuratoris constitutio, sicut & stipulationes quæ a procuratoribus interponi solent, quin ipsa litis contestatio contractus sunt: vt adeo sub inepta videatur limitatio lit. E. si contractu deceptus sit, ad propositioné in th. de minore procuratore facto. Sed & procurator circa ea potius quæ facti sunt, versatur, quam quæ iuris: in quibus demũ, videlicet quæ cognitioné iuris concernant, si minor Doctor lapsus vel deceptus sit, ei succurrẽdũ nõ esse communius receptũ est: de quo agitur infra *disp. 12.*

THESIS VI.

LIT. A.

Filio tamen tutorem.) Hoc instar exceptionis dicitur, ad regulam quod fœmina non possit esse procuratrix: minus recte vel quia tutoris hæc petitio iudiciale negotium non est, vel quia mater hoc agens pro curatrix filij sui pupilli non dicitur, sed magis negotiũ propriũ gerere videtur, quod eo neglecto successione filij priuatur.

Excipe & casum l. 1. &c.) Nulla quoq; hæc exceptio est, q. d. loc. hoc saltẽ proponitur, q. filio mãdato patris vel matris servũ manumittere possit.

An Abbatissa.) Dubitare licet, an hoc recte simpliciter ex iure Canonico affirmetur: quoniam *cap. 4. de confirm. vtili.* quod vnicum est Treut. fundamentũ, tractat de casu speciali constitutionis tactæ non à monasterio, sed ab ipso Pontifice. & quidem in causa singulari concernente priuilegia. Neque hoc casu Abbatissa vera in sensu im procuratrix dici potest.

De iure Saxon.) Nimis prolixe hic de curatore fœminarum ex iure statuario agit, partim etiam loco alieno, quod eo non tantum in iudicijs sed in quibuscunque negotijs fœmina indiget. Illud autem initio occurrit, quod post aliquod lineas curatorem eiusmodi non nisi voluntarium constitui affirmat. Quod quidem præsupposito eiusmodi stat ratio iure, magis est vt fallam habere debeat; quoniam secundum illud ... iste ordinarius est, non secus ac tutor ... & cum ius illud mulieri curatorẽ ... omnimode sanciat, eo ipso necessitatem ... eius muneris imponere videtur. Ideoq; non ...

stat *l.2.d.curator.bon.* quia iure ciuili curator hic extraordinarius est, & cum alijs remedijs, veluti permissionem in possessionem bonorum creditoribus succurri possit, non temere aut facile inuitus hoc onere grauari debet.

Ne quidem iuramento.] Satis dubium hoc videtur, propter authoritatem iuris canonici *in cap.cum contingat.d.iureiurand.& cap.quamuis de act.in 6.* maxime si iuxta sententiam Martini etiam contractus nullos iuramento confirmari statuamus, de quo *disputat.11.* Neque vero pro essentiali quadam solennitate interventus curatoris habendus videtur: cum ipse Treut. mox actus bene à muliere sine curatore gestos, subsistere dicit: vix enim hac in re mulieres comparaueris cum pupillis.

Nec ratihabitio actum subsequens.] Intelligenda erit ratihabitio curatoris, quod alias nemo contractu à seipso factum ratum habere dicatur. Non dubitarim tamen aliud statuere, si approbatio curatoris statim sequatur.

Etiamsi cum marito.] Imo hoc casu maior ratio esse videtur exigendi curatoris, propter amorem coniugalem & reverentiam arg. eius, quod in casu mulieris pro marito intercedentis iure ciuili statutū est *Auth.si qua mulier C. ad SCtū Velleiā.*

Et tam cum pactum de non petendo.] Male & hoc per ampliationem traditur: siquidem hoc casu tanto magis curatore opus, quod pacisci de non petendo incidit in speciem donationis: nisi forte Tr. nudam intellexit quietationem & apocham. Verum hæc nonnisi absurde pactum de non petendo vocari potest.

In ipsius fauorem] Eatenus quidem respiciunt hæc statuta inutilitatem mulierum, quatenus efficiunt, ne damnum patiantur rei fam. cæterum quatenus in præsumpto defectu & imbecillitate & inhabilitate sexus fundantur, & liberā bonorum administrationem fœminis adimunt, vix est vt vere principaliter in earum favorem introducta dici possint.

LIT. B.

Miles.] Nec parte quidem aduersa consentiente *l.8.§.2.h.t.§.vlt.l.d.except.* & tamen post litem cum eo contestatam recusari amplius non potest *l.8.§.2.l.13.C.eod.* & hic adeo exemplum est *ad l.77.de regul.iur.* quod expressa noceant, non expressa non noceant; nec alia eius rei solida ratio dari posse videtur, nisi desumpta a subtilitate iuris ciuilis, quod lite contestata dominus effectus, rem alienam iam tractare non videtur.

LIT. C.

Potentiores.) Tit. ille magis ad eos, qui patrocinium præstant, quam procurationem in se suscipiunt, pertinere videtur: quod præsertim vili procurationis munere functuros potentiores verosimile non sit: neque tamen negauero, si tale quid eveniat, idem iuris fore cum *Glo.Br.& Bl.in l.1.d.t.*

LIT. D.

Redemptores litium] Intellige eos, qui de quota litis pactum fecerunt, de quibus communiter Dd. explicant *l.15.C.h.t.* qui autem sub prætextu alicuius actionem in se transtulerunt, alio respectu redemptores litium dicuntur, de quibus agunt *Dd.in l.22.& 23. Cod.mand.& in l.2.C.ne liceat potent.*

Vbi eodem modo dicitur.] Hoc verum non videtur, eodem modo dici officium procuratoris gratuitum, & scientiam iuris pretio nummario non æstimandam, quia procuratoris officiū non alio modo gratuitum dicitur, quam quo ipsum mandatum, quod mercede constituta assumit naturam locationis. Quod autem de iuris scientia dicitur *in l.1.d.extr.cognit.* ad commendandam dignitatem & excellentiam eius (quæ in officio procuratoris nulla est) pertinet, quod operam suam mercede vel pretio æstimare, ICto sit indignum.

LIT. E.

Rei capitalium criminum.] Textus *in l.6.C h.t.* generaliter de reis criminum loquitur, eoque etiam de criminibus non capitalibus videtur accipienda: cum *Dd.ibid.Cyn.Bald.Salic.Castren.& Ias.* qui hanc communem Dd. tradit explicationem; neque dissentit ipse Sichard. à Treut. citatus. Et ratio affertur communiter, quod prius tendere debeat ad purgationem innocentiæ, quam alterius causam agat: neque debet in iudicio versari & dominus litis effici, quem incertum est, causam peracturum & dominum litis mansurum esse. Sed obijcitur *l.1.§.6 de postul* quæ nominatim meminit capitis damnatorum. Verum admisso hoc arg. à contrario sensu, etiam capitalium criminum reos postulare & procuratores esse posse sequitur: idemque omnes damnatos crimine nō capitali pro alio postulare posse, cum tamē omnes edicto notari arceantur *d.l 1.§.7.ad postul.* Et fortassis ideo capitalis criminis mentio facta est, quod quidā ex crimine non capitali damnati, modo ciuitatē retineant, licet infames fiāt, pro se & certis personis recte postulant. Possit etiā videri nō bona cōsequutio à postulatione ad procurationē, ex qua totius causæ tracta io-

nem quis in se suscepit, & dominus litis efficitur. Cæterùm *l.21.d.accusat.* de casu suspensi criminis tractat, de quo vide ibi Budæum, & neque postulandi, neque procurandi, sed ad fiscum deferendi ius concedit. LIT. F.

Non infamis.] Hoc ex iure Iustin. liquidum videtur *ex §.vlt.instit.d.except.* Ius tamen Canon. simpliciter infamem excludit, nulla facta mentione diuersi aut mutati iuris ciuilis. Et posset *d. §.vlt.* restringi ad casum, quo exceptio infamiæ dubia sit & incerta, ita vt eo admisso differatur iudicium: quam explicationem ipsa verba l. vltim. suppeditant, ibi *ne diutius de ijs altercatur &c.* quæ ratio cessat in notoriè infami: facit quod Iustin. *sub tit. de postuland.* textus inseri passus est quibus infames pro alijs postulare prohibentur: nec videtur diuersa esse ratio, quod vtique apud prætorem procuratores postulabant actiones *l.33 §.3.h.t.* & apud pedeanos quoque, iudices postulationes fiebant: *l.1 §.5.de postuland.*

LIT. G.

Vilitas officij communiter à Doctoribus adstruitur *ex l.34. Cod. decurion.* quæ tamen de procuratore ad negotia & quasi functione institoria possit exaudiri. Plane cum iure nostro non videntur fuisse ordinarij procuratores, non satis bene hoc videatur dici officium. Cæterum constitutis in dignitate non valde honorabile fuerit, procuratores agere, admissos tamen non fuisse, à Tr. satis probari non video: sicut nec illud simpliciter verum, quod expeditum fuerit apud iudicem pedaneum: siquidem apud prætorem & litis contestatio fiebat, & actio postulabatur *l.35.§ pen.h.t.* neque satis idoneum hoc vilitatis argumentum, quando quidem apud iudices pedaneos fiebant *l.1.§.6.d.postul.*

THESIS VII.

LIT. A.

Constituitur solo consensu] Subijcit in seqq constitui etiam absentem, etiam per ratihabitionē. Quæ non satis recte vt diuersa proponi videntur: sed ex illo inferre debebat, etiam absentem &c. procuratorem constitui posse.

LIT. D.

In Camera ad totam causam.] Debebat dicere, non nisi ad totam causam: quia etiam iure ciuili & quidem frequentius ad totam causam constitutos fuisse verius est: quo pertinet, quod per litem contestatam domini litis efficiebantur.

LIT. E.

Regulariter cum mandato.] Parum subtiliter hoc subijcitur ad id, quod de consensu dixerat quia in illo ipso consensu consistit mandatum, quod nudo consensu perfici constat.

LIT. F

Nisi sit coniuncta persona.] Insubtilis & hæc exceptio est: quia nec coniuncta persona sine mandato procurator constitui potest, sed circa constitutionem cum cautione rati admittitur: Quæ quæstiones diuersæ sunt.

Etiam consortem.] Fit hoc non propter coniunctionem personæ sed connexionem causæ, & coniunctionem ipsius negotij *per l.2.C.d.consortibus eiusd.lit.*

An maritus pro vxore.] Bona vxoris vel dicuntur dotalia, vel præter dotem: & hæc vel in specie paraphernalia vel receptitia: quod quædam etiam vltra dotem vxor alio tamen iure marito committit, quædam sibi omnino reseruat. Secundum quæ Treut. imperfecte respondet, cautione rati opus esse in receptitijs, non idem in dotalibus: pro quo dicere debebat, in præter dotalibus, quæ in specie ita dicuntur, quippe quorū maritus legitimus est administrator iuxta *l.8. & vlt.C de pact.conuent.* Etenim in dotalibus ex ratione iuris inepta hæc quæstio est: pro quibus ipse maritus dominij iure experitur, ita vt vxor nec agēdi ius habeat. *l.9.C.d rei vind.cū similibus.*

Iure Saxon.] Ratio videtur, quod eo iure reuera nulla dotalia, sed omnia bona pari iure sunt apud maritum. LIT. H.

Non amicus pro amico.] Ratio vera est, quod nulla certa amici definitio: vt adeo prætextu amicitiæ ad agendum quis amitti non debeat *v. Vasq.d ff contr.ill.c.23 n.7.* fortassis etiam videri potest aliquod interesse coniunctæ personæ propter spem successionis.

In electione est procuratoris.] Ego magis sequar, Pett. allegat. ab *Accurs. in d.§.si autem.* in electione esse rei conuenti, vt mandatum probari petat aut cautionem admittat: Et male huc adfertur regula de alternatiuis: quæ præsupponit procuratorem ad alterutrum æqualitate teneri. Atqui imo verius est teneri cum approbandum mandatum, vtpote fundamentum ex quo nomine alieno sibi actionem dari postular. & alias redigeretur effectu, quiuis procuratorem se ferens, ad instar coniunctæ personæ. Ergo ita id limitandum erit, vel electio sit procuratoris vt cautionem præstet vel plene probet: quoniā per semiplenam probationē & præsumptiones, vel vnū testē, & sit res dubia, vt locus fiat cautioni de

rato

rato ex communi Dd. sententia, de qua *Ioh. Fab. in §. fin autem l. d. satisdat. Dd. in l. 1. C. h. t. Cyn. n. 3. Br. n. 12. Bl. col. 2. Salic. n. 7. 8. & 10. Castr. n. 6. Ias. ibid. inf.*

Imo insuper aliquando.) Verbi causa in actione in rem: qua sententia, qua executioni mandata res transferatur in priorem, non facit, quominus iure dominii res à victore peti possit: & fit eo modo executio non contra defensorem, sed contra ipsum principalem.

THESIS VIII.

LIT. A.

An clausula de ratihabendo) Vera hæc sententia est, quam hic proponit Treut. clausulam istam non variare naturam mandati, neque ad essentiam eius vllo modo pertinere: Etenim sicut procurator de cuius mandato constat, de rato non cauet, ita quoque nec dominus qui mandatum dat, amplius ratum se habiturum adiicere necesse habet: & citra quodcunque absoluitur mandatum, id de essentia mandati vel necessitate esse non potest: perficitur autem mandatum nudo consensu, dum quis alteri negotia sua curanda committit: & plus quam ridiculus fuerit; si falsus mandatum se dedisse, de non adiecta clausula rati excipiat, & verissime *Gloss. in l. 65. h. tit.* notat verba, *ratum se habiturum*, superflua esse, & sufficere præcedd: *quod ibid. probat Castr.* Et ergo clausula ista mandatum nullo modo ampliat, multo minus mandatum simplex in mandatum cum libera transformat, quam sententiam Tr. imputat *Glo.*) & eius meminit *Castr. in l si proc. 65 h. t. nu. 4.*) *in cap. d. relig. domib.* quæ tamen in aliis loquitur terminis, vbi videlicet post negotia generaliter commissa, subiecta est clausula: & quidquid aliud gesseris ratum habebo: & tamen *ibid Glo.* magis probat, vt idem sunt literæ de rato & mandatum procuratorium, quod quidem verissimum est.

LIT. B. & C.

Ad quas mandatum speciale.) Exemplum de iuramento calumniæ vsu quidem probatur, sed non convenit constitutioni *Iustin in l. 2. C. d. iur. propter calũ.* vt notatur infra *disp. 21. th. 4. lit. D* Et obseruatio hæc præcipue ad procuratorẽ negotiorum pertinere videtur, iuxta notata infra *disp. 27. th. 5.* Sed illud hic notandum, quod procurator etiam generalis ad negotia citra mandatum speciale ad agendum, rem in iudicium deducere & præstita cautione de rato nomine domini actionem petere potest: *per l 33. §. 3. & l 39. §. 1. h t.* quod alias vbi constat mandatum non esse, nec cum cautione rati admittitur procurator, vt notant omnes *l. 1. C. h. t.* facit quod *in l 40. §. pen h. t.* negatur exigi posse cautio rati post litem contestatam, cum tamen exceptio defectus mandati perpetuo obstat: *l. 24 C. h. t.* eoque pertinet quod dicitur *in l 5. §. 18. ad nov. oper. nunt.* procuratorem etiam verum cavere de rato: male enim *Ias. in l. 1. C. h. t col. 2.* specialem ibi casum esse ait: male etiam alij ad casum quo de mandato dubitatur, vel illud non est sufficiens, referunt: rectissime autem *Bald in d. l. 1. C h t. col. 2.* quod ibi constabat de mandato saltem generali.

LIT. F.

Cur citra mandatum speciale procurator non possit petere prorogationem quartæ dilationis, hanc rationem reddit Tr. quod non possit prorogare de tempore ad tempus. Sed videamus, ne hæc ratio non concludat, aut totum istud male huc referatur: siquidem in materia iurisdictionis prorogationem à tempore ad tempus appellamus, per quam efficitur, vt iudex ad tempus datus, post illud iudicare possit de quo *sup. disp 3.* Et de hoc prorogandi modo loquitur *Glo pro d. iss. citata in c. 32. d. off. deleg.* cuius sententiam puto veram, sed male a Tr. ad quæstionem plane diversam accommodatam.

THESIS IX.

LIT. B.

Siue priuatis.) Non satis bene instrumentum notarij inter privata refert: quia licet hoc instrumenti genus non eo modo quo acta iudiciaria, publica sint, attamen cum Notarij fides publice approbata sit, & Notarij passim publicæ personæ appellantur, instrumenta quoque ab ijs confecta, publica potius censenda erunt, sub quæ etiam ipse Tr. ea refert *part. 1. disp ; th 1. lit.* D. Videri autem possit hæc enumeratio manca, quod etiam instrumentis mere privatis. V. C. literis, aliquando mandatum probari potest *per l. 65. h t.*

LIT. C.

Deinde & testibus.) Quæstio hæc, an mandatum per testes plene probetur, à Dd. habetur difficilis, per notata eorum *in l 1. C. h. t.* Et sententia quidem Treut. communius probatur *ibid. à Bart. n. 11 Bald col. 2. Salic. n. 11. Ias. col. 2. Sich. ibid. inf* contra Petrum olim qui præcise desideravit instrumenta publica: in cuius sententiam inclinat *Cyn. in d l. C. h. t. nu 7.* & eam apertè probat *Castr. n. 7.* hoc fundamento, quod non satis

satis consulatur reo si citra cautionem rati eiusmodi probationem admittere cogatur: cum dominus postea testes falsos dicere & denuo agere possit. Communis tamen sententia admitti potest sub limitatione, quæ Iacobo Butrigar. adscribitur, si tales sint testes, quibus nihil omnino obiici possit: cæteroquin si vel leve dubium sit, cautione rati defectus ille supplendus erit.

LIT D.

Cum quis instrumenta habet.) Præsumptionem istam nec hoc quidem operari, vt ad cautionem rati admittatur procurator, existimare videntur *Salicet. in d. l. 1. C. h. t. n. 9. & ibid. Bl. col. vlt.* & est sane ista præsumptio paulo remotior a constitutione procuratoris. Communior tamen opinio in contrarium est, teste *Iason. in d. l. 1. inf.* vbi multos allegat. Ideoque male Dd. plerosque dissentire ait Tr. male eos ita allegat, quasi ita plenam mandati probationem exigant, vt nec cautionē admittant: siquidem illud ipsum quod Tr. subiicit, communissime Dd. tradunt, vt notatum ad *th. 7 lit H.* quod vbi mandatum plene probatū non est, cū cautione rati procurator admittatur.

Quæ cautio in Camera.) Idem iure civili. Quod de fine subiicit, intellige, vbi nulla plane de mandato facta est: Cæteroquin nihil in his procuratoribus esset speciale per sup. notata.

Ex sola temporis diuturnitate.) Obscurius hoc proponitur, amb gue: quia cum in præcedd. agatur de probatione mandati quo ad ea quæ iam aguntur, aut in futurum agenda sunt, attamen, vt ex allegato apparet Baldo, vel potius quos ipse allegat, *Bl. in l. 2. C. si ex fals. instr. Iason. in l. 2. C. qui admitti. colum.* 5. quod hic proponitur, ad præsumptionem & probationem mandati in præteritum pertinet: & hoc quæri intelligitur, an si postquam quis alieno nomine aliquid gessetit, multum temporis elapsum sit, ideo mandatum habuisse debeat, præsumi quod sane negandum est, quia tempus ex se nullam vim habet inducendæ obligationis vel consensus: idque tam apertum est, vt vix mihi patiar persuaderi contrarium (quod Treut ait) communius esse receptum: cum etiam nullo adducto dist. Iason. illud simpliciter tradat ex *Bl. Alexan & Salic.* idemque *Vasquius*, cui iniuria fit a Treut. vt pote, quod hic sub illa ipsa limitatione quam refert & seq. Treut. mandatum induci tradat, si scientia vel patientia domini intervenerit. Neque obstat *d. si filius 10. C. d petit hered. qua Iason. sola in d. l. 1. C. qui admitti*, in contrarium movetur: quia omissis frivolis responsionibus, quibus *Gloss. in d. l. 10. & Bald. d. præscript. memb. 1. p. 3. princ. q. 10. num. 19.* vtuntur, d. eam, longum tempus, cuius *in dict. l. 10.* fit mentio, non hoc operari vt iussum patris intervenisse censetur, sed hoc, vt filio, qui hæreditatem, vel potius res ipsas bona fide & iusto titulo longo tempore possedit, commodum & dominium eorum acquiratur: quamvis etiam scientiam patris ibi intercessisse dici possit.

Sequitur apud Tr. quod sententia contra falsum procuratorem lata, respectu domini tantum, non etiam ipsius procuratoris nulla sit. Quod proprie loquendo verum non est, siquidem, vt ipse tradit *th. 4. lit.* C & probat *l. 24. C. h. t.* iudicium ipso iure est nullum: Ideoque sui videtur oblitus Tr. dum pro sua opinione hic adducit *l. 1. C. quibus res iud. non noc.* quam tamen *d. th. 4.* explicavit de defensore. Plane vbi cautio rati intervenit, per obliquum iudicium effectum habere videtur, quod per eam efficitur, vt reus quantum iterum conventus domino præstat, a procuratore falso eiusque fideiussoribus consequatur. *l. 3. §. vltim. rem rat. hab.* Revera autem iudicium nullum est & manet, si quidem nullam inde iudicati actionem nasci vel exceptionem constat. Ideoque nec verum est, quod Treut. ait sententiā mandari executioni contra falsum procuratorem: cum non nisi ex stipulatione rati conveniri possit. Sed & cum hic de procuratore actoris tractet, & de cautione rati, inepte hoc de executione sententiæ adfertur, quæ non potest fieri nisi contra procuratorem rei, vel potius defensorem: in quo nulla ratio dubitandi, quod hic præstita cautione de iudicato solvendo iudicium omnino subsistit: neque qui sub tali cautione iure permittente etiam vbi mandatū non esse constat, intervenit, vllo modo procurator falsus dici potest. Illa quoque ieiuna ratio est, quod procurator alias allegaret propriā turpitudinē: quoniam actus ipso iure nullus per hanc considerationem validari non potest, & domino iterum agente satis de falsitate procuratoris apparet: *vid. not. sup. th. 4. lit. C.* & adde, quod *Menochius post multos 2. præsumpt. 33. n. 7.* tradit præsumi mandatum, si dominus sciat & patiatur: ex quo efficietur, procuratorē hoc casu falsum non esse, & porro, domino iterum agere volenti, ob statutum exceptionem rei iudicatæ. Quæ assertio mihi suspecta est, quia iura requirunt mandatum, quod hoc casu induci non debet

debet ex nuda patientia, cum dominus ideo credi possit tacuisse, quod sciret a falso procuratore nihil sibi posse praeiudicari: quae olim ratio & opinio fuit *Guil de Susar.* quam videtur probare *Salic. in l. 24. C. h. t. n. 8.*

THESIS X.

LIT. A.

Tam diu durat quamdiu voluntas.) Paulo generalius hoc affirmatur, tum quia lite contestata libera revocatio non est, tum quia nisi re integra fiat, actio mandati procuratori datur.

Si tamen iuramentum.) Aut consideratur iurata promissio facta procuratori, aut adversario. Illo casu falsa haec sententia est, cum nihil possit interesse procuratoris, quia etiam se ingerendo fit suspectus argum. *l. 25. h. t.* Sed & hoc casu, ubi lis nondum contestata est sequor potius sententiam communem, de qua testatur *Boerius dec. 207.* vel quia hoc est contra naturam contractus huius, ut dominus praecisa necessitate astringatur: vel quia nullum etiam interesse pars adversa praetendere potest. Plane revocando procuratorem dominus erit periurus, si id faciat citra iustam causam, ut tradit *Boer. d. loc.*

LIT. C.

In bene constitutis iudiciis.) Traditio haec quoad partes rei, a iure communi non discrepat: quoad actorem vera non videtur: cum nihil interesse possit rei, quominus, licet satisdatione de rato praestita, in se suscipiat iudicium: licet necessum non sit, ut actor pro procuratore suo cautionem de rato exponat.

Ut nove & eleganter probat Ronchegall.) Et ergo existimat Treutler. quod exoneratio procuratoris consensu domini solo & iam lite contestata & circa causae cognitionem invito quoque adversario fieri possit: ita enim casum formandum, esse ex eo liquet, quod si litem non contestatam vel causa cognita id factum proponas, minime nova illa futura est assertio. Verum nova haec assertio confutatur. I. per *l. 25 in prin. h. t.* ubi dicitur si dominus procuratorem mutare velit & eius rei iustas causas praetendat, quas adversarius falsas esse dicat, apud praetorem hoc esse excipiendum. II. per *l. 22. C. h. t.* qua negatur domino facultas, post litem contestatam iudicii a procuratore in se transferendi.

Illud magis evidentem.) Ratio invitis imponendi onus procuratoris quam iure Sax. propriam facit, non discrepabit a ratione iuris civilis praesuppositis duobus, quae moribus hodiernis in superioribus iudiciis obtinere solent. I. Ut certi ordinariique sint procuratores. II. Ut partibus nonnisi per procuratores agere fas sit. Fit enim ita, ut officium istud non amplius privatum sit sed publicum. Accedit & hoc, quod cum in singulis terminis singula proponendi, Ars quaedam hodie sit & scientia: quam privati non callent, procuratores autem profitentur, hoc ipso vicem repraesentant advocatorum quos invitos dari posse traditur *disp. praeced. th. 2. lit. G.* & ipse hic Treut. procuratoris & advocati officium parum hodie differre affirmat.

Controversiam quae movetur *lit. D.* an mandatum conferri possit post mortem ad explicationem *l. fin. de solution.* reiicimus ad *disp. 27. thes. 6.*

LIT. E.

Nisi ignorante mandatario.) Parum subtilis haec exceptio est, cum hoc quoque casu ipso iure mandatum solvatur, & aequitatis saltem intuitu ob iustam ignorantiam mandatario, nomine eo. quae gessit utilis actio detur.

LIT. F.

Sententia igitur in eum ferri potest.) Imo ferri debet, ex hac ipsa ratione, quod procurator dominus litis est, eaque hac potestas huius domini, ut sententia in dominum ferri non possit, quod notat *Castr. in l. 22. C. h. t.* & si feratur nulla est, id fiat *Salic. ibid.* camque veritatem esse *ibid. att. Bl.* Et vero arbitrio iudicis hoc permittere, ut vel in dominum, vel in procuratorem sententiam ferat, fuerit insubtile facit quod in famosis iudiciis cautelae loco traditur, ut quis litiget per procuratorem *l. 6. § 2. de his qui not. infam.* quae cautela nulla esset si in dominum sententiam ferre liceret: faciunt quae supra *disp. 4. th. 4. lit. C.* notata sunt, dominum etiam quoque non posse quod communiter tradunt *Dd in d. l. 22. C. h. t.* Ubi tamen addendum quod Iustin constituit in *§ 5. vers. alia insuper d. sati. dat* ut reus caveat se tempore sententiae ferendae in iudicium venturum esse: cuius quidem rei necessitatem nullo alio fine videtur reo imposuisse Iustin. quam ut in ipsum potius, qui etiam effectu ipso actione iudicati tenetur, quam in procuratorem sententia feratur.

In Camera tamen videtur &c.) Improbare hic videtur Tr. quod hodie licet procuratores litem contestarint, mortuo tamen principali haeredes ad reassumendam causam citari solent. Verum videtur hoc ratione iuris fieri non inconvenienter, quod procuratores hodierni non ut olim,

veri

veri instantiæ domini efficiuntur, sed etiam post litis contestationem nudi ministri & vicarij manent, quippe quod in principales ipsos, non autem in procuratores sententia ferri solet.

THESIS XI.

Lit. A.

Actione iudicati non tenetur.) Effectu inspecto hoc verum est, quia actio iudicati in eum denegatur *l. 4. in prin. d. re iudic.* eoque respectu dicitur *in l. Plautinus 61. h. t* procuratorem non conueniri: sed ex hoc ipso probatur, eum ipso iure teneri, qui sensus est illius phrasis, *denegari actiones arg. l 9 in prin d. iureiur.* & si quidem procurator ipse damnatur *d. l 61.* vt paulo ante probatum, ipso quoque iure, cum iudicati teneri consequens est: nec male notat *Castren. in d. l 61* quod actio quidem directa in procuratorem, sed vtilis in dominum detur.

Vbi verba illa) Recta hæc explicatio est, quia cum *inf. l. 61.* agatur de defensore, principium L. de eo qui tanquam procurator vltro interuenit, accipi oportet, in quem ne decipiatur actor, merito datur actio iudicati. *Doctores ibid. Bart. Castren.* & alij paulo hinc abeunt, explicantes illum locum de procuratore, qui mandatum se habere mentiebatur.

Lit. B.

Non nisi causa cognita.) Vera est ratio allegata à Treut: quia actori post præstitam satisdationem de iudicato soluendo interest, vt cum ipso defensore potius, quam cum domino experiatur *Glo. & alii* locum istum *in l. 64. h. tit.* de procuratione accepisse videntur. Rectius *Bart. & Castren. ibid* de defensore accipiunt, sed in hoc errant, quod cognitionem causæ verti putant inter dominum & defensorem, cum potius vertatur inter dominum & actorem, cui satisdatione præstita ius quæsitum est.

THESIS XII.

Tres quæstiones hac thesi continentur. I. An negligentia procuratoris noceat domino. II. An contumacia eius noceat domino. III. Quibus casibus factum procuratoris domino noceat, an restitutio huic debeat concedi. Ex his prior extra controuersiam est sicut & illud connexum, nomine eius quod procurator peccauit, actione mandati eum conueniri. Posteriores duæ controuersæ sunt. Tr. aliud in negligentia aliud in contumacia ius statuit. Atqui quod ad hunc effectum vt iudicium teneat & sententia valeat, non videtur sufficiens differentiæ ratio inter negligentiam & contumaciam dari posse neque enim alia de causa illa nocet, nisi quod procurator dominus litis est & quæ ipsa facit, vt contumacia quoque nocere debeat: quin si rationem iuris consulimus, vbi procurator litem contestando in se iudicium transtulit, quoad decursum iudicii & processus persona domini in considerationem amplius non venit: sed omnia perinde tractantur, atque si negotium ad ipsum procuratorem pertineret. Et probatur hoc textu non obscuro *in l 10. h. t.* vbi etiam si fraude vel dolo quid à procuratore commissum sit, sententia valet: ex quo notat *Iason ibid. colum. 3.* & totidem verbis ex eo *Sichard. ibid.* quod licet mandato quantumuis generali non contineatur dolus, dolum tamen commissum à procuratore nocere domino: licet reuera, vt iam dictum damnum domini hic non spectetur, sed quod procurator dominus litis est, cum quo qui mandatum domini sequutus litem contraxit decipi non debet, multo minus hoc prætextu iudicium eludi & conuelli: quin alias non noceret negligentia, quod nec hæc mandato continearur. Et hanc sententiam probat *Salicet. in l. 3. C. h t. num 6.* vbi præcipuum argumentum Bart. à fructuario desumptum dissoluit: quod scil. ille non ideo quod mandatum habeat, sed certo quodam respectu & secundum quid proprietarij procurator dicatur, Neque obstat *l. 1. § 2 si quis ius dicenti*: quia est de mere personali & speciali contumaciæ genere, quæ non respicit ipsum processum, sed qua prætoris autoritas contempta vindicatur, & quidem singulari eaque pœnali actione introducta, quam contra dominum dari plane fuerit iniquum. Et hactenus hic contumaciam nocere dicimus, vt sententiam definitiuam, perinde ac si ipse dominus contumax fuisset, iure subsistentem iudex pronuntiare possit: quæ & *Castren.* sententia est *in l. 1. §. 2. si quis ius. dic.* eaque ipsa distinctio est, quam refert. *Cyn. in l. 3. C. h. t.* quod contumacia procuratoris noceat quod processum, vt sententia valeat, non quoad pœnam domino infligendam. Sed & quoad alios effectus contumaciam domino nocere negabimus, veluti, quod contumax non appellat, vt *nos Salic in d. l. 3. C. h. t. in f* quod pœna sit quædam extra processum: vel quod sententia lata & instantia finita ius & dominium illud procuratoris finiri videtur, & iam dominus ipse iure suo

pro-

prosequi causam potest *l. 9. C. de appellat.* Ex his etiam illud efficitur, vt in casu litis non contestatę contumacia procuratoris constituti domino nocere non debeat: veluti si agatur de mittendo creditores ex secundo decreto quam quidem missionem non decernet prætor, (domino prius non citato) vt maxime ille qui à domino ad defendendum accepit mandatum, contumaciter defendere recuset, quod tradit *Castren. in l. 1. §. 2 si quis ius dic. &c.*

Tertia quæstio est de restitutione domini: vbi illud liquidum, siquidem domino per actionem mandati sarciri damnum possit, non esse recurrendum ad remedium extraordinarium. Cæterum si procurator non sit soluendo, succurrendum domino esse contra reum absolutum, communissima omnium sententia est: sucurri autem dupliciter potest, ex capite, de restit. maiorum, ex clausula generali, *Si qua mihi iusta causa &c.* vel ex capite doli, si hic à parte procuratoris interuenerit, etiamsi eum non participauerit reus, vt vid. si iterum agenti domino exceptio iudicati opponatur, replicetur de dolo, quæ post *Glo.* non obscura videtur sententia *Cyn. Br. Bl. & Salic. in l. 10. C. h. t.* Verum mouet quod non videtur replicari posse de dolo tertii, *& in d. l. 10. C. h. tit.* indistincte negatur restitutionem dari aduersus rem iudicatam, neque interesse videtur, siue id fiat directo an per modum replicationis: neque minus difficulter locus ille ad casum quo procurator non est soluendo restringi non potest vt fortassis in puncto iuris defendi possit sententia negatiua, restitutionem dandam non esse: licet pro ea non valde vrgeat ratio, cuius Tr. meminit in casu commissæ negligentiæ: quod imputari possit domino, qui non elegerit procuratorem idoneum, quia & in æstimandis facultatibus alterius facile quis falli, & qui hodie idoneus est, facultatibus labi & satis idoneorum copia aliquando deficere potest. Rectius adfertur *l. 13. §. vlt. C. d. iud.* vbi quod specialiter minoribus ex causa negligentiæ curatorum vel procuratorum in subsidium actio datur, aliud obtinere in maioribus à contrario sensu concludi potest: nec quod ibi desidiæ tantum mentio fit, ob id in casu fraudis aut doli admissi aliud Imp. responsurum fuisse credendum est. Neque obstabit isti sententiæ *L. 3. § 1. d. eo per quem fact. &c.* quia casus omnino est dissimilis quod nihil imputari possit actori, qui adversarij dolo actionem amisit, quæ adeo citra iniuriá cuiusquam & iustam indignationem ibi restituitur, non autem restitutio contra sententiam datur.

THESIS XIII.

Lit. A.

Interdum extra ordinem.) Quæstio hæc de Salario procuratoris, an & qua actione illud petere possit, liquida non est, de qua plenius agitur *infr. disp. 27. th. 1.* Aliquid hic attingemus. Ait Tr. peti interdum salarium extra ordinem, eoque se referre *l. 17. C. Mandati* in qua dicitur salarium incertæ pollicitationis peti non posse: & consequenter existimat Treut. textum illum restringendum ad actionem mandati, quam olim sententiam *Iacobi de Aren.* *sequitur Salic. d. l. 1. C. Mand. num. 2. Sich ibid. num. 5.* Sed præterquam, quod ita inepte captatis consultoris verbis respondissent Impp. refutatur illa opinio textu express. *in l. qui pecuniam 56 § penult. mandati.* Ergo dicendum est simpliciter incertum salarium, veluti, si quis dicat, *satisfaciam tibi de salario*, peti non posse: quod limitant Dd. nisi constet, eum operam gratis præstiturum non fuisse, exemplo Advocatorum *in l. 1. §. 10. d. extraord. cognit.* quod in hodiernis procuratoribus, quos advocatorum instar esse supra diximus, & qui hoc tanquã officium exercent, rationem habet: vix ad rationem iuris nostri, si quis tanquam mandatarius operam præstet: nisi olim quoq; aliquos qui ordinario hanc operam in foro partibus præstarent, fuisse existimet. Porro vbi certum quid promissum est, modo non sit persona quæ operas locare, nec factum quod locari solitum sit, (quod hic res transiret in locationem) pro ve stipulatione aut pacto vel in continenti vel ex intervallo adiecto salarium promissum est, ita vel condictionem certi ex stipulatu, vel præscr. verbis actionẽ *Dd. post Glo. in l. 1. C. h. t. Br. Bl. Castr.* concedunt: vel actionem mandati pacto informatam: cum aliis quoque casibus licet alterata aliquantum per pactum natura contractus, actio tamen ex eo competat *l 26. depositi*: nisi quis putaverit vtilem hoc casu non directam esse mandati actionem *arg. l. 6. §. vlt. Mand.* vbi tamen quod de vtili actione danda dicitur, ita etiam explicare possis, vt non pro mercede, sed super principali actio vtilis mandati detur. hac dubitandi ratione, quod propter conventionẽ super mercede videbatur induisse naturam locationis *arg. l. 1. §. vlt. Mand* quo etiam pertinet *l 6. in pr. h. t.* si honor intervenerit, esse mandati actionem: quod honorarium diversum sit à mercede. Sed in tra-

in traditionibus Dd. hoc scrupulum movet, quod partes distinctionum ab ipsis traditarum ita exhauriant omnia membra, ut nullus supersit locus cognitioni extraordinariæ, cuius tamen diserta mentio *l. 1. C. Mand.* ubi ea opponitur actioni mandati, *& in l. 7. D. eod.* ita quidem promissum certum salarium appareat. Et sane cũ nomine salarij nõ quidvis nec quantumcũq; petere aut stipulari licuisse constet, etiam ubi pactum vel stipulatio interveneat, extraordinariæ cognitioni locum esse potuisse facile crediderim. Verum de his, hoc quidem loco satis.

De non constituto etiam extra ordinem.) Hoc in procuratoribus ad rationem iuris nostri dubiũ esse iam diximus. Cæterum dicere debebat, quod de non constituto *non nisi* extra ordinem ius diceretur: si quidem initio theseos etiam in casu constituti salarij extraordinariæ cognitioni fecerat locum.

Lit. D.

Asserit hic Tr. quod acquisita ex procuratione sint peculij quasi Castr. statim illam sententiam limitans duplici subiecta distinctione, tum inter jus vetus & novum, tum inter conditionem personarum, an sint viles an honestiores. Verum utrumque dubiam facit, quod non ex qualitate personæ, sed ex titulo & causa acquirendi de hoc videtur statuendum, quod alias etiam quod in militia viles personæ acquisiverunt, Castrensis peculij non esset dicendum: neque hac in re quicquam jure novo mutatum apparet. Et sane quominus ista sub quasi Castrense peculium referenda existimem, moveor. I. Quod *in l. 4. C. d. advocat. divers. iudic.* advocatorum tantum salaria referuntur ad peculium quasi Castrense; quin *in l. ult. C. de inoff. test.* ad salaria publica hoc restringi videtur: quæ sententia fuit *Specul.* relata à Baldo *in l. 6. in pr. C. d. bon. qua lib. num. 16.* & sane cum quasi Castrense peculium ijsdem fere quibus Castrense privilegiis gaudeat, ea citra textum temere non sunt extendenda. Hinc consequenter. II. Quia quasi Castrense peculium dicitur respectu cuiusdam militiæ rogatæ: procurator autem neque militare, neque eius functio quæ mere privata est, militia dici meretur. III. Quod alias etiam merces procurationis cuiusvis ad negotia, imo institoriæ etiam functionis, quasi Castrensi peculio accenseri possunt, contra expressum text. *in §. 2. I. per quas pers. nob. acq.* ubi adventitij peculij esse dicitur, quod filius laboribus suis acquisivit, tandem quod hoc officium ad rationem iuris nostri vile est, & in quo sola opera, non ingeniũ eruditio aut prudentia aliqua desiderantur. Plane in Procuratoribus ijs, qui, ut supra dictum, hodiernis moribus in superioribus iudiciis advocatorum instar obtinent, sententiæ Treutler. possit esse locus.

Disputatio X.

DE NEGOTIIS GESTIS.

Respondente

Christophoro Ludovico à Bettendorff.

THESIS I.

Lit. A.

EST *quasi contractus.)* Genus hoc sicut & sequentia, angustiorem faciunt definitionem, si, quæ *th. 2. & seqq.* tractãtur, conferantur, quæ scil: ostendunt actionem negotiorũ gestorum, semper ex quasi contractu non nasci: ideoq; cautio hic præmittenda erat, quod hæc actio alia sit, ut ita loquar, ordinaria, de qua *in §. 1. Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. & in l. 5. in prin. d. oblig. & act.* alia quasi subsidiaria, variis negotiis accommodata: quod ex seqq. magis apparebit. Quoniam autem hic primum quasi contractus fit mentio, obiter notare libet, hos contractus à veris fere ut pacta tacita ab expressis, id est, qualitate conventionis differre, quod pluribus traditur infra *disp. 12.* Deinde docendi causa ita hos contractus appellari, cæterum quin ICti ita loqui amant, ut obligationem, non ex quasi contractu, sed quasi ex contractu vel delicto descendere dicant.

Lit. C.

Etiam hereditatis iacentis.) Revera nulla hic pugna inter *l. 3. 6. 6. h. t. & l. 28. §. fin. d. stip. servor.* neque enim dubium est, quin etiam in specie *d. l. 3.* hæredi post adeunti actio quæratur, quod scil. quandocunque hæreditate adita, tempus illud cum tempore mortis testatoris continuatur, sicut & quod passim hæreditas dicitur repræsentare personam defuncti, non propterea negatur hæreditas esse iacens, de quo adeo casu prætor quoq; edicendum censuit *d. l. 3. §. 3.* quod præsertim ante declaratam ab hærede voluntatem, eius negotia vere dici non possunt.

Sed & sciente.) Male adducitur *l. 1. h. t.* ex qua con-

contrarium potius ostenditur, quoniam quod ibi dicitur, *licet ignorantis*, minime significat, etiam vbi scientis negotia gesta sunt, huic actioni esse locum, sed continetur ijs verbis continuatio *ad tit. prae. d. procur.* quod non tantum sit actio, si quis gesserit negotia scientis, sed etiamsi ignorantis: illo videl. casu mandati, hoc negotiorum gestorum, idque statim *in d. l. 2.* subijcitur, itaq; eo casu, scilicet, quo ignorantis negotia gesta sunt, vltro citroq; nascitur actio, &c. Quod autem adducit *l. 19. §. 2. h. t.* apparet inde, confundi à Treut. actionem negotiorum gest. quae dici potest ordinaria, cum extraordinaria: neque dubium est, quin multis casibus, etiam vbi ex iussu negotio gesta sunt, vbi personae conditio actionem mandati nasci prohibet (quod accidit in specie *d. l. 19. §. 2.*) nasci actionem negotiorum gestorum, quae aliquando actioni mandati est subsidiaria: sicut & constat, contra curatorem prodigi vel adolescentis esse actionem neg. gest. Verum illa neg. gest. actio, de qua agitur *in d. l. 5. in pr. d. oblig. & act. & in §. 1. Inst. d. oblig. quae quasi ex con.* tãtum ad eum casum quo ignorantis negotia gesta sunt, pertinere videtur per dd. textus iuncta *l. 20. §. 1. mandati*, ibi *quia non antecesserit mandatum.* Et tamen fatendum est vt mandati actioni sit locus, non semper expressum mandatum antecedens desiderari per *l. semper, 60. de reg. iur. l. 6. §. 2. l. 18. mandati*, vbi notanda sunt verba, *si passus sim:* quae scil arguunt scientiam prohibere valentis, & quidem scientiam cum ipso actu concurrentem, & ibi quis aliquid tanquam pro sciente gessit. Caeterũ, maxime vbi quis tanquam ignorantis negotia gerit, postea superueniens scientia, non statim inducet mandatum, quod alias omnis ratihabitio faceret oriri actionem mãdati, de quo infra *th. 6*

LIT. D.

Sine mandato) Ait hanc esse specificam differentiam huius quasi contractus. Verum aut valde restringenda erit vox mandati aut contra tradita thesibus seqq. valde anguste accipiendũ definitum: siquidem alias exemplis *th. 2.* propositis haec minime conueniunt.

LIT. E.

Atqui culpa est &c.) Explicatio Tr. quae tamen etiam probari videtur *Cuiacio in l. 39. d reg. iur.* nimis & ad casum singularem regulã restringit, eamque cuius vsum laxiorem esse oportet, quodammodo tollit. Quod si hoc generaliter obtinere existimat, vt ratione tertij tantum quis in culpa esse videatur, procul dubio falsam regulae illi adscribit sententiam, quippe quod culpa vel praecipue ratione eius ad quẽ res spectat, cõtrahi videatur: sicuti hoc sensu suspectus dicitur, qui se ingerit tutelae vel procurationi *l. 25. de procur.* Ideoq; dicendum est regulam istam etiam huc trahi posse eum *Petr. Fabr. in d. l. 36.* ita vt qui facile aliena negotia gerenda suscipit, hoc in culpa esse intelligatur, qua de causa etiam ad exactissimam adstringitur diligentiam, ex sentẽtia veriori de qua *th. 5.* Et multa tamen gestorum à culpa excusare possunt: & recte *Cuiac in d l. 36. inf* Laus est aliquando immiscere se rebus amici, nonnunquam culpa: & optime ibid. Accur. magis creditur neg. gestor. officium, quod homo homini debet implere, quam culpabiliter rei alienae se immiscere voluisse.

Qui voluntarius procurator) Notanda hic est incuria Treutleri, qui negotiorum gestorum in genere appellat procuratorem voluntarium & tamen initio *th. 2.* distinguit gestorum in necessarium & voluntarium, ita vt vtroque casu pariter actionem negotiorum gestorum concedat.

THESIS II.

LIT. A.

Proponit initio differentiam inter gestorem necessarium & voluntarium, desumptam ab eo, vt ipse loquitur, quod in actionem deducitur, & quod necessarius ad omnia gerenda teneatur, spontaneus tantum ad id quod suscepit. Vbi initio parum subtiliter pro ijdem habet, quod gerendum suscipitur, & quod in actionem deducitur. Caeterum ipsa haec differentia, quod necessarium gestorem. I. Particularis est, & ad administratores vniuersitatis tantum pertinet: quod ex ipsis Tr. necessarii gestoris speciebus apparet, ex quibus propositae *lit. C. & seqq.* executoris, liberi hominis pro seruo possessi eiusmodi gestorum species sunt, qui non nisi ad id quod susceperunt gerendum tenentur. Deinde distinctio illa ideo nullius momenti est, quod & spontaneus negotiorum gestor omnia ad quae accessit expedire tenetur, & reuera necessarius quoque tantum ad ea quae suscepit expedienda adstringitur, suscepisse autem omnia ea intelligitur, ad quae ex necessitate officii obligatur.

Quid si accessit vt omnia gesturus) Decisio huius quaestionis petenda ex *l. 6. §. vlt. h. t.* tenebitur nimirum etiam nomine eorũ quae non gessit duobus casibus, si propter illum alius nõ accessit, eo sciente & non cedente, vt loquitur *Salic. in l. tutor.*

tori 20. *C. h. t. n.* 8. itemq; si alius diligentior omnia fuisset gesturus. Extra hos duos casus non tenebitur nisi de inchoatis & connexis. Et hanc Iohannis opinionem fuisse tradit ibid. Salic. (quam male videtur accepisse Tr. quasi ille simpliciter gestorem de reliquis teneri negasset) cãque bonis rationibus confirmat, contra *Cyn. Castren. & Bart. ibid.* qui sequuntur Guil. ex vitiosa ratione, quod ipsa destinatione & intentione gerendi cum eo cuius negotia sunt, contrahi videatur. Plane si alius aliquis alia negotia actu gesserit, hic solus tenebitur, quod factum hoc continens veritatem, potentius est ad producendam actionem quam alterius animus & propositum.

Lit. B.

Vt eum curator.) Cautione hæc assertio opus habet, quoniam quoad singulares actus negot. gest. actioni locum esse verum est, in eoque diuersa tutoris ratio, qui tutela durante nullo modo conueniri potest. Atqui in casu finitæ curæ, vbi de reddendis actionibus agitur, quæstio non liquida est, an curator negot. gest. actione, an vtili tutelæ conueniatur, de quo agitur *infr. p.* 2. *disp.* 9. *th. pen.* Ex quo etiam videatur explicari posse controversia sequens, pugnantibus in speciem *l.* 3. §. 5. *h. t. & l.* 1. §. 2. *d. contrar. tut. action.* vt videlicet altera quo finita cura super vniuersa administratione agitur, accipiatur: quod paulo durior sit explicatio Tr. vtrumq; locum de ead. specie actionis accipientis.

Lit. C.

Item cum executor.) Non est pugna inter *l.* 3. §. 8. *h. t. & l si pignora* 50. *de euid.* nota etiam vulgata conciliatio, quam post *Gloss* sequitur Tr. Sed obstat, quod omnino executor non habet animum gerendi negotia siue creditoris siue debitoris, sed exequendi mandatum prætoris. Dein de quod si animus aliquis gerendi negotia fingi possit, is quoque respectu debitoris considerari possit, quod scilicet hic solutione facta liberatur. Et hæc causa fuisse videtur *Anton. Fabric. in dict. l.* 3. §. 8. vt eum locum de actione doli interpretaretur. Verum quia Rubr. repugnat, & rationes nostræ legib. sunt accommodandæ, *& d. l.* 50. *de euic.* diserte loquitur de debitore, dicendum est huic ideo actionem neg. gest. contra executorẽ dari non posse, quod vtiq; ipso inuito distractio pignorũ, de qua ibi tractatur, fieri intelligitur. hæc autem actio præsumptam domini voluntatem requirit & desiderat. At creditores qui iudicatum debitorem fecerunt, in venditionem bonorum, & eo ipso consentire intelliguntur in executorem, secundum sententiã à prætore datã, qui etiam dum sententiam à creditoribus impetratã effectui mandari curat, horum quodamodo negotium gerere dici potest. Et vtcunq; animus recta negotia creditorũ gerendi non adsit, satis tamen esse potest, quod eorum vtilitatem hoc negotium & hæc gestio cõcernat, cũ & aliis multis casibus in quib. minus apparet negotia gerendi animus hæc actio, quæ quodammodo vaga & subsidiaria est, accomodetur *arg. l.* 3 §. 5. *& pen. l.* 6. §. 5 *&* 6. *in f. l* 27. *& l.* 31. §. 1. *h. t* fit ergo contra Fabr. qui etiam in connectendo §. *seq. cum d.* §. 8. nugas agere videtur, probanda magis conciliatio *Gloss.* siquidem vix est. vt intra apparitorem de quo *in d. l.* 50. & aliũ executorem distinguere possis.

Lit. D.

Proponit hic aliam speciem, necessarij gestoris his verbis: *cum tutor posthumi inchoata negotia perficere cogitur,* & in alleg. subiicit, *& si non nascatur posthumus.* Atquin cardo huius controuersiæ non circa perficienda negotia, sed in eo vertitur, quænam actio huic tutori, non nato posthumo concedatur. Qua de causa male tanquam ampliatio proponitur *& si posthumus &c.* quæ quidem verba inferunt, etiam posthumo nato actionẽ neg. gest. proponendam esse: cum tamen illud constet, posthumo nato, negotia omnia coniungi, & etiam ante natiuitatem gestorum nomine tutelæ agi *l.* 29. *h. t. l.* 19. § *ult. de test. tutel.* Cæterum quod attinet ad pugnam *l. pen. d. tut. & ration. distrah. & d. l.* 29. *h. t.* Paulus *in d. l pen.* subtilem nimis rationem sequutus, Vlpianus autem hoc spectasse videtur, quod vtiq; verum est negotia tutore illo dato, & animo contrahẽdi gesta fuisse, licet propter forte abortum matris, euentu considerato alterius negotia gesta esse appareat. Parum sané refert, siue vtilẽ negotior. gest. siue inutilem tutelæ competere dixeris.

Lit. E.

Vt si quis se mandatũ.) Frustra huc allegatur *l.* 1. *C. d. her. tut l.* 1. *C d. mag. conuen.* Sed nimiũ hoc sentit Tr. si q[illegible] tutorum vel curatorũ hæredes, in se administr[illegible] ius transire existimãtes gesserint, neg. gest fore actionem. Non dubitatim tamen idem statuendum in quocũque, qui tanquam ex mandato cuiuscunque negotia gerit, quod vtique opinio gerentis ad mandati actionem producendam sufficere non potest.

Lit-

LIT. F.

Item si quis liber.] Hic quoque duas inter se leges committit Treutl. quas componendi ratio ab ipso probata non immerito Accur. displicet: quoniam cum *in l.13. commod.* eiusdem conditionis homo liber bona fide seruiens proponatur, eum conditionis suæ gnarum, tanquam hominem liberum negotia gessisse, coniectura mere est diuinatoria, huic quoq; suspecta quod ICtus ibi alternatiue actionem mandati & præscriptis verbis proponit, quod ICtis solenne est, vbi propter aliquam causam an ordinariæ actioni locus sit, dubitatur. Et fortassis non existimandi sunt inter se pugnare ICti, quod alter neg. gest. alter mandati actionem proponit, cum præsertim in persona illa & status quem reuera habet, & quem interim tanquam servus sustinet, a ICtis videatur fuisse consideratus.

THESIS III.

LIT. A.

Non vero huc pertinet.] Generalius quam par erat negat hic Treut. contra procuratorem dari actionem negotiorum gestorum. Etenim si de negotio aliquo singulari tractetur, vel actione pro tutela aliquid fuerit omissum, actioni negotior. gest. locum fore existimem, per ea quæ tradunt *infra p.2. disp.9 th.7.* Quin actionem negot. gest. cum pro tutelæ actione concurrere posse locus *Paul.1. sent.4.* (qui vix admittit explicationem Treut.) non obscure confirmat. Et fortassis non satis bene infertur: vbi non habet locum actio pro tutelæ, ibi datur actio neg. gest. (quod solum probatur *ex l.1. §.6. de eo qui pro tut.* ergo vbi illa habet locum, hæc excluditur. Etenim actio negot. gest. vaga est & quasi generalis, & cum actio pro tutelæ etiam ante pubertatem detur *d. l. 1. §.3. d. eo qui pro tut.* protutor quoad hoc, curatoris instar esse videtur, qui neg. gest. actione conuenitur, vt probatur *d. disp.9 p.2.* Possit etiam videri distinguendum, an dubium sit de iure tutelæ, an tutorem non esse constet: vt illo casu actio pro tutelæ detur *arg. l.1. de eo qui pro tutore.* (vbi propter hanc dubietatem dicitur motus prætor.) hoc actio neg. gest. quo pertinere videtur *l. 1. C. de testament. tutel. & l.6. de neg. gest.* quæ tamen loquitur de curatore, in quem negotiorum gest. actionem dari facilius est.

LIT. B.

Si mater repetendi animo.] Ait expensas in rem non videri animo donandi factas, nisi gestor cōtrarium probet. Quæ simul consistere non posse videntur, quia cuius est probare, contra eum militat præsumtio, sicut ex aduerso, pro quo præsumptio est, ille onere probandi releuatur: adeoque si mater, quæ impensas faciendo negotia filij gessit, onere probandi grauatur, sequitur necessario contra Treut. quod expensæ animo donandi factæ præsumantur. Et rectius *Gloss. in l. 11. C. h. t. eamq; sequuti Salicet. Bart. & Sichard. numer. 11.* ita loquuntur, eo ipso quod impensæ in rem sunt, præsumi factas animo repetendi, nisi contrarium, videlicet a filio, probetur, vt fortassis hic apud Treut. errorem typographicum liceat suspicari. Et hæc tamen opinio non conuenit *l.11. Cod. h. tit.* ex qua tamen ipsi eam adstruere conantur: ibi, *si recipiendi animo te fecisse ostenderis:* quibus vtique verbis onus probandi iniungitur matri. Plane si impensa aliquanto maior fuerit, præsumetur facilius animo repetendi facta, quod *post Petrum probat Cyn. in dict. l. 11.* vel si in libros rationum retulerit *Sichard. ibid. nu. 10.* Cæterum possit aliquando mater etiam impensas alimentarias repetere, vt in specie *l. Nesennius 34. h. t.* quod notant *Bart. & Castr. in d. l. 11. C. h. t.* nisi forte facilius auiæ eiusve hæredibus præsertim in casu administratorum bonorum reputatio alimentorum datur.

LIT. C.

Si vitricus in rebus priuignorum.] Cum de rebus priuignorum hoc proponat, frustra quærit in allegatis an adhibenda distinctio, inter expensas in rem & in personam. Cæterum ego cōtra sententiam Treut. *post Salic. & Bald. in l.15. C. h. t.* magis existimo, expensas alimentarias donandi animo factas præsumi: & verba *d. l.15. C. h. t. paterno affectu*, nō limitandi, sed explicandi gratia adiecta, quod in vitrico paternus debeat esse affectus: quam sententiam non obscure probat *Cyn. in d. l.15.* Plane si expensas in rationes retulerit, si necessarium alimentorum modum excedant, & filius alias locuples sit, reputandi animo impensas factas fuisse præsumemus: quod notat *Bart. in d. l. 15.*

Etiamsi bona priuigni administret.] Non recte se habet hæc ampliatio: quia hoc casu facilius reputandi potius quam donandi animo expensæ factæ præsumi possunt: *arg. d. l. Nesennius 34. h. t.* in qua non alia ratione in dubio ab auia repetendi animo præstita respondet ICtus, videtur, quam quod auia nepotis bona administrasse proponebatur.

Etsi enim vtroq; hoc casu.] Ait siue vitricus bo-

a administret, vel priuignus vitrico operas præstet, vtroque casu vitricum ad repetenda alimenta actionem non habere, bona tamen restituentem ea reputare posse. Atqui regula iuris in contrarium est, vt quod quis directa actione conuentus reputare potest, id quoque contraria actione petendi ius sit *l.18.§ vlt. commodati.* Et vtique si, quod tanquam principium præsupponit Tr. impensæ animo repetendi factæ præsumuntur, non video qua ratione vitrico actio negari possit, quæ præsertim in casu non dissimili datur auiæ vel eius hæredibus *l.34 h.t th.* & cum ipse vitricum inter voluntarios gestores qui ex quasi contractu obligantur & obligant, referat, & reliqui cum quibus in *th.* coniungitur, actionem habeant, eam vitrico negare fuerit absurdum. Illud plane constat, vbi vitricus adhuc actu administrat bona, eum contra priuignum non acturum: verum non ideo negandum est ipsi competere actionem.

Aut priuignus vitrico operas &c.] non recte simul ad hunc casum accommodatur illud de restitutione bonorũ: quia priuignus operas præstare potest vitrico, qui eius bona non administrat. Ipsa vero assertio repugnat communiori Dd. sententiæ *in d.l.15.C.h.t.* existimantium operas priuigni cum alimentis esse compensandas: quamuis non abnuerim ex comparatione alimentorum & operarum, & harum qualitate & quantitate de hoc esse statuendum.

Quod priuigni inter liberos.] Videtur quasi hanc regulam statuere, quod priuigni habeantur loco liberorum: verum contraria regula rectior est: quod priuigni pro liberis non habeantur: quod apparet ex iure potestatis, acquisitionis, successionis, & alijs id genus iuribus quorum inter vitricos & priuignos nulla est communio: quæ potius, vtpote longe insigniora ad regulam reuts exceptionis loco ponenda erant, quam illa ex *l.3 de muneribus* quod vitricus onera priuigni suscipere non teneatur.

LIT. D.

Si filius pro patre non animo donandi] Satis erat dixisse simpliciter *si filius pro patre soluat*: quia in dubio eius sententia repetendi ius habet: quod etiam probant *Bart. Bald. & Castrens. in l.12.C.h.t.* contra Iohannem, qui referentibus *Bart. & Bl.* in dubio voluit præsumi donationem. Petrus autem inter quantitatem expensarum distinxit: quod refert & sequitur *Cyn in d.l.12. Salic. ibid.* & magis videtur probare Bald.

LIT. E.

Si maritus in funus vxoris.] Ait quod maritus teneatur funerare vxorem si dos penes ipsum remaneat, quia teneatur in quantum facere potest, facere autem posse videatur quantum superest deducto ære alieno, impensa autem funeris sit æs alienum dotis. Quæ verba aut obscurissima sunt, aut ex ijs apparet Treutl. in aduertentia quadam ad quæstionem diuersissimam esse delapsum: quia maritus tenetur in quantum facere potest, vbi contra ipsum agitur ad reddẽdam dotem: quæ casus hinc est alienissimus: licet etiam verum nõ sit, quod marito competat priuilegium, vt loquuntur, competentiæ, deducto ære alieno, quippe quod hoc soli donatori, qui ex liberalitate sua conuenitur, est tributum *l.19. §.1. de re iudic.* Cæterum illud ex *l.19.C.h.t.* apertum est, quod si dos penes maritum remaneat, ipse quoque impensas funeris ferre teneatur.

Quod autem de priuignis.] Sententia est, quod vitricus expensas etiam in personam de suo præstare non teneatur, teneatur autem maritus.

Vxorem inopem agram.] Vix etiam hic ratio dubitandi: & tamen si patrem habeat, & morbus duret, ita vt vxor obsequia & operas præstare non possit, patrem teneri impensas præstare, tradit ipse citatus *Salic. in l.13.C.h.t.* An autem maritus vltra reditus dotis in vxorem impendere obligetur, tractatur *infra p.1. disp.7. th.9. lit. A.*

LIT. G.

Si pro fratre cohærede] Res non satis liquida est, an actio communi diuidundo, siue fam. ercisc. concurrat cum actione neg. gest. ad explicationem & conciliationem *l.40. h.t. l.3. C. eod. l.18. C. fam. ercisc. l. heredes §. non tantum D. eod.* qua de re etiam agitur *infra, disp.19 th.14 lit. F.* Distinctio alias recepta est *ex d.l.40.h.t.* an socius negotium pro parte gerere potuerit, an secus: quo casu, eum suum magis negotium gesserit, *comm. diuid. vel fam. ercisc.* agatur: ita tamen vt vbi res iam diuisæ sunt in subsidium actio vtilis negot. gest. accommodetur: quo modo *l.3. Cod. h tit.* accipiunt & explicant *Bl. Cyn. Salicet. & Sichard. contr. Bart.* qui cũ Glo. plane improbabiliter verbum, *eandem*, de actione nõ specie, sed genere eadem, id est, actione communi diuid. explicat. Recte addit *Salicet. ibid.* in secundo casu *d.l.3.* posse etiam agi ideo neg. gest. quod cohæres non tantum obligationem pignoris indiuiduam, *l. quamdiu d. distract. pignor.* sed etiam obliga-

ligationem principalem diuiduam, imo diuisam, sustulit & peremit: quæ fere eadem sententia est *A Fab. 11. conieß. 7. & Cuiac. 26 obseru. 36.* Sed videamus an non hoc dici possit, hactenus concurrere actionem neg. gest. cum actione V. C. fam. ercisc. vt quando & ad quod illa competat, etiam hæc competat, sed non viceuersa: adeoque si cohæres negotium gessit indiuiduum, fam. ercisc. necessario agendum erit: si vero gesserit negotium diuiduum, vtraque poterit experiri. Neque enim dubitauerim, quin V. C. expensæ, à socio factæ, iudicio fam. ercisc. siue res diuidua siue indiuidua, peti possit. Secundum quæ ita accipiendus erit ICtus *in l. 40. h. t.* vt necessariam com. diuid. actionem esse neget non autem plane eam excludat, neque abnuat, quin ea instituta, socius quod in re communi in ea specie præstitit, consequi queat. Magis obstat *l. 9. §. 3 comm diuid.* ibi, *non alias &c.* propter quem text amplius distinguendum, inter iudicium comm. diuid. plenum super ipsa simul diuisione, & super præstationibus tantum personalibus: vt illud demum actione negot gest. concurrat non etiam hoc.

Lit. H.

Si quis sumtus in communi lite.] Objicitur huic sententiæ quod paulo ante dictum, vbi negotium pro parte curari non ponit, agendum esse comm. diuid. *l. 20. h. t. l. 6. §. 2. comm. diuid.* Neque possit Tr. de eo casu accipere, quo sumtus pro parte fieri potuerunt: quia in citata *l. 13. § vlt. h. t.* tractatur de iudicio super seruitute reali; quia indiuidua est. Distingui possit inter ipsam rem in iudicium deductam; & sumtus in lite persequenda factos, quorum præstatio diuidua est: quomodo in specie *l. 40. h. t.* licet ædes pro indiuiso possideantur, tamen pro parte damni infecti caueri potest *l. 6. §. 7. comm. diuid.* neq; quod defendere indiuisum quid est, propterea etiam sumptuum præstatio indiuidua haberi debet. Et res plane liquida erit, si ponas aquam quidem communem fuisse, sed distinctis prædijs debitam. Cæterum Treut. Pacium sequitur, qui hanc reddit rationem *ad d. l. 31. §. vlt. h. t.* quod in actionem com. diuid. non veniant seruitutes *l. 19. §. 2. & §. vlt. com. diuid.* vt adeo cum in communione seruitutis socij maneant, vtique aliqua actione ei qui sumtus fecit sit succurrendum. Attamen haud scio, an ead. statuenda sit ratio seruitutis ipsius & sumtuum: neque verum videtur, quod actione comm. diuid. semper ad diuisionem rei agatur *arg. d. l. 40. h. t. & l. 6. §. 2. comm. diuid.* vbi propter expensas factas ea actio datur, vt non tamen protinus de re diuidenda tractetur. Et cum iudicium istud mixtum sit, nihil absurdi fuerit, aliquando super præstationibus personalibus tantum, salua manente communione, eam institui. Quod autem diximus pro parte damni infecti caueri posse, ei non obstat *l. 23 de damn. infect.* quia siquidem socius velit, ne vicinus omnino in possessionem veniat, necesse habebit in solidum cauere, cæteroquin pro parte recte cauebit, nec vltra tenebitur, si vicinum pro parte in possessionem mitti patiatur. Quod si enim socio non cauente insolidum, insolidum missio fieret iniuria socio fieret, & falsum esset quod *in d. l. 7. commun diuid.* traditur, pro parte hoc ita agi posse vt negotium socij non agatur; & sufficere debet vicino, si in locum non cauentis succedat: & est hæc tertia eademque verissima Accursij solutio *in l. 40. h. t.*

Lit. I.

Et eius generis alia.] Exemplum affert *ex l. 32 §. fin. h. t.* cum qua recte ita post Accur. componitur *l. 25. dep. s.* vt hæc accipiatur de casu filiæ scientis: quod ipsa L. verba perspicue ostendunt, quibus res puellæ oblatæ dicuntur, vt proinde illam præsentem fuisse oporteat: & fictione breuis manus ipsi puellæ & per hanc patri traditæ intelligantur.

THESIS IV.

Lit. A.

Quæritur negotiorum gestor, qui pecuniam in suos vsus conuertit, in quas vsuras teneatur? Tr. ad componendos textus *in l. qui sine 38. h. t. l. 10. §. 3. Mand.* sequitur primam Accur. solutionem, qua inter neg. gestorem & procuratorem distinguit: De hoc loquitur *d. l. 10. §. 3. de illo l. 38. h. t.* cuius explicationem vt obiter adijciamus. In negotiorum gestore duplex debitum consideratur alterum, administrationem seu gestionem præcedens, velut, si ab amico, cuius postea negotia gerere cœpit, pecuniam accepit, vel ex alia causa eius debitor factus est: alterum, gestionem subsequens, vt si gestor ex ipsa gestione sumat nummos, & pecuniam domini, sine eius consensu in vsus suos conuertat. Circa prius distinguitur, an à se debitor gestor exi-

satis consulatur reo si citra cautionem rati eiusmodi probationem admittere cogatur: cum dominus postea testes falsos dicere & denuo agere possit. Communis tamen sententia admitti potest sub limitatione, quæ Jacobo Butrigar. adscribitur, si tales sint testes, quibus nihil omnino obiici possit, cæteroquin si vel leve dubium sit, cautione rati defectus ille supplendus erit.

LIT D.

Cum quis instrumenta habet.) Præsumptionem istam nec hoc quidem operari, ut ad cautionem rati admittatur procurator, existimare videntur *Salicet. in d. l. 1. C. h. t. n. 9. & ibid. Bl. col. vlt.* & est sane ista præsumptio paulo remotior a constitutione procuratoris. Communior tamen opinio in contrarium est, teste *Iason. in d. l. 1. inf.* vbi multos allegat. Ideoque male Dd. plerosque dissentire ait Tr. male eos ita allegat, quasi ita plenam mandati probationem exigant, vt nec cautionē admittant: siquidem illud ipsum quod Tr. subiicit, communissime Dd. tradunt, vt notatum ad *th. 7 lit H.* quod vbi mandatum plene probatū non est, cū cautione rati procurator admittatur.

Quæ cautio in Camera.) Idem iure civili. Quod de fide subiicit, intellige, vbi nulla plane de mandato facta est. Cæteroquin nihil in his procuratoribus esset speciale per sup notata.

Ex sola temporis diuturnitate.) Obscurius hoc proponitur, ambigue: quia cum in præcedd. agatur de probatione mandati quoad ea quæ iam aguntur, aut in futurum agenda sunt, attamen, vt ex allegato apparet Baldo, vel potius quos ipse allegat, *Bl. in l. 1. C si ex fals. instr. Iason. in l. 2. C. qui admitti. colum. 5.* quod hic proponitur, ad præsumptionem & probationem mandati in præteritum pertinet: & hoc quæri intelligitur, an si postquam quis alieno nomine aliquid gessent, multum temporis elapsum sit, ideo mandatum habuisse debeat, præsumi quod sane negandum est, quia tempus ex se nullam vim habet inducendæ obligationis vel consensus: idque tam apertum est, vt vix mihi patiar persuaderi contrarium (quod Treut. ait) communius esse receptum: cum etiam nullo adducto diss. Iason. illud simpliciter tradat *ex Bl. Alexan & Salic.* itemque *Vasquius*, cui iniuria fit à Treut. vtpote, quod hic sub illa ipsa limitatione quam refert & seq. Treut. mandatum induci tradat, si scientia vel patientia domini intervenerit. Neque obstat *l. si filius 10. C d petit. hered qua Iason. sola in d. l. 1. C. qui admitti.* in contrarium movetur: quia omissis frivolis responsionibus, quibus *Gloss. in d. l. 10. & Bald. d. præscript. memb. 1 p. 3. princ. q. 10. num. 19.* vtuntur, d. eam, longum tempus, cuius *in d. l. 10.* fit mentio, non hoc operari vt iussum patris intervenisse censeatur, sed hoc, vt filio, qui hæreditatem, vel potius res ipsas bona fide & iusto titulo longo tempore possedit, commodum & dominium eorum acquiratur: quamvis etiam scientiam patris ibi intercessisse dici possit.

Sequitur apud Tr. quod sententia contra falsum procuratorem lata, respectu domini tantum, non etiam ipsius procuratoris nulla sit. Quod proprie loquendo verum non est, siquidem, vt ipse tradit *th. 4. lit. C* & probat *l. 24. C. h. t.* iudicium ipso iure est nullum: Ia eoque sui videtur oblitus Tr. dum pro sua opinione hic adducit *l. 1. C. quibus res iud. non noc.* quam tamen *d. th. 4.* explicavit de defensore. Plane vbi cautio rati intervenit, per obliquum iudicium effectum habere videtur, quod per eam efficitur, vt reus quantum iterum conventus domino præstat, à procuratore falso eiusque fideiussoribus consequatur. *l. 3. §. vltim. rem rat. hab.* Revera autem iudicium nullum est & manet, si quidem nullam inde iudicati actionem nasci vel exceptionem constat. Ideoque nec verum est, quod Treut. ait sententiā mandari executioni contra falsum procuratorem: cum non nisi ex stipulatione rati conveniri possit. Sed & cum hic de procuratore actoris tractet, & de cautione rati, inepte hoc de executione sententiæ adfertur, quæ non potest fieri nisi contra procuratorem rei, vel potius defensorem: in quo nulla ratio dubitandi, quod hic præstita cautione de iudicato solvendo iudicium omnino subsistit: neque qui sub tali cautione iure permittente etiam vbi mandatū non esse constat, intervenit, vllo modo procurator falsus dici potest. Illa quoque ieiuna ratio est, quod procurator alias allegaret propriā turpitudinē: quoniam actus ipso iure nullus per hanc considerationem validari non potest, & domino iterum agente satis de falsitate procuratoris apparet: *vid. not. sup. th. 4. lit. C.* & adde, quod *Menochius post multos 2. præsumpt. 33. n. 7.* tradit præsumi mandatum, si dominus sciat & patiatur: ex quo efficietur, procuratorē hoc casu falsum non esse, & porro, domino iterum agere volenti, ob statutum exceptionem rei iudicatæ. Quæ assertio mihi suspecta est, quia iura requirunt mandatum, quod hoc casu induci non

debet

debet ex nuda patientia, cum dominus ideo credi possit tacuisse, quod sciret à falso procuratore nihil sibi posse præiudicari: quæ olim ratio & opinio fuit *Guil. de Susar.* quam videtur probare *Salic. in l. 24. C. h. t. n. 8.*

THESIS X.

LIT. A.

Tam diu durat quamdiu voluntas.) Paulo generalius hoc affirmatur, tum quia lite contestata libera revocatio non est, tum quia nisi re integra fiat, actio mandati procuratori datur.

Si tamen iuramentum.) Aut consideratur iurata promissio facta procuratori, aut adversario. Illo casu falsa hæc sententia est, cum nihil possit interesse procuratoris, quia etiam se ingerendo fit suspectus *argum. l. 25. h. t.* Sed & hoc casu, vbi lis nondum contestata est sequor potius sententiam communem, de qua testatur *Boerius dec. 207.* vel quia hoc est contra naturam contractus huius, vt dominus præcisa necessitate astringatur: vel quia nullum etiam interesse pars adversa prætẽdere potest. Plane revocando procuratorem dominus erit periurus, si id faciat citra iustam causam, vt tradit *Boer. d. loc.*

LIT. C.

In bene consistentis iudiciis.) Traditio hæc quoad partes rei, a iure communi non discrepat: quoad actorem vera non videtur: cum nihil interesse possit rei, quominus, licet satisdatione de rato præstita, in se suscipiat iudicium: licet necessum non sit, vt actor pro procuratore suo cautionem de rato exponat.

Vt nove & eleganter probat Renchegall) Et ergo existimat Treutler. quod exoneratio procuratoris consensu domini solo & iam lite contestata & circa causæ cognitionem inuito quoque aduersario fieri possit: ita enim casum formandum esse ex eo liquet, quod si litem non contestatam vel causa cognita id factum proponas, minime noua illa futura est assertio. Verum noua hæc assertio confutatur. I. per *l. 25 in prin. h. t.* vbi dicitur si dominus procuratorem mutare velit, & eius rei iustas causas prætendat, quas aduersarius falsas esse dicat, apud prætorem hoc esse excipiendum. II. per *l. 22. C. h. t.* qua negatur domino facultas, post litem contestatam iudicii à procuratore in se transferendi.

Illud magis euidentem.) Ratio invitis imponendi onus procuratoris quam iuri Sax. propriã facit, non discrepabit à ratione iuris ciuilis præsuppositis duobus, quæ moribus hodiernis in superioribus iudiciis obtinere solent. I. Vt certi ordinariique sint procuratores. II. Vt partibus nonnisi per procuratores agere fas sit. Fit enim ita, vt officium istud non amplius priuatum sit sed publicum. Accedit & hoc, quod cum in singulis terminis singula proponendi, Ars quædam hodie sit & scientia: quam priuati non callent, procuratores autem profitentur, hoc ipso vicem repræsentant aduocatorum quos inuitos dari posse traditur *disp. praeced. th. 1. lit. G.* & ipse hic Treut. procuratoris & aduocati officium parum hodie differre affirmat.

Controuersiam quæ mouetur *lit. D.* an mandatum conferri possit post mortem ad explicationem *l. fin. de solution.* reiicimus *ad disp. 27. thes. 6.*

LIT. E.

Nisi ignorante mandatario.) Parum subtilis hæc exceptio est, cum hoc quoq; casu ipso iure mandatum soluatur, & æquitatis saltem tuitione ob iustam ignorantiam mandatario, nomine eorũ quæ gessit vtilis actio detur.

LIT. F.

Sententia igitur in eum ferri potest.) Imo ferri debet, ex hac ipsa ratione, quod procurator dominus litis est: estque hæc potestas huius domini, vt sententia in dominium ferri non possit, quod notat *Castr. in l. 22. C. h. t.* & si feratur nulliter id fiat *Salic. ibid.* eamque veritatem esse *ibid. att. Bl.* Et vero arbitrio iudicis hoc permittere, vt vel in dominium, vel in procuratorem sententiam ferat, fuerit insubtile facit quod in famosis iudiciis cautelæ loco traditur, vt quis litiget per procuratorem *l. 6. § 2. de his qui not. infam.* quæ cautela nulla esset si in dominum sententiam ferre liceret: faciunt quæ supra *disp. 4. th. 4. lit. C.* notata sunt, dominum citari quoque non posse: quod communiter tradunt *Dd. in d. l. 22. C. h. t.* Vbi tamen addendum quod I. Iustin constituit in *§ 5. vers. alia insuper d. satisdat* vt reus caueat se tempore sententiæ ferendæ in iudicium venturum esse: cuius quidem rei necessitatem nullo alio fine videtur reo imposuisse Iustin. quam vt in ipsum potius, qui etiam effectu ipso actione iudicati tenetur, quam in procuratorem sententia feratur.

In Camera tamen videtur &c.) Improbare hic videtur Tr. quod hodie licet procuratores sint iam contestati sint, mortuo tamẽ principali hæredes ad reassumendam causam citari solent. Verum videtur hoc rationi iuris fieri non inconvenienter, quod procuratores hodierni non vt olim,

veri instantiæ domini efficiuntur, sed etiam post litis contestationem nudi ministri & vicarij manent, quippe quod in principales ipsos, non autem in procuratores sententia ferri solet.

THESIS XI.

Lit. A.

Actione iudicati non tenetur.) Effectu inspecto hoc verum est, quia actio iudicati in eum denegatur *l. 4. in prin. d. re iudic.* eoque respectu dicitur *in l. Plautinus 61. h. t* procuratorem non conueniri: sed ex hoc ipso probatur, eum ipso iure teneri, qui sensus est illius phrasis, *denegari actiones arg. l. 9 in prin d. iureiur.* & si quidem procurator ipse damnatur *d. l 61.* vt paulo ante probatum, ipso quoque iure, cum iudicati teneri consequens est: nec male notat *Castren. in d. l* 61 quod actio quidem directa in procuratorem, sed vtilis in dominum detur.

Vbi verba illa.) Recta hæc explicatio est, quia cum *inf. l. 61.* agatur de defensore, principium L. de eo qui tanquam procurator vltro interuenit, accipi oportet, in quem ne decipiatur actor, merito datur actio iudicati. *Doctores ibid. Bart. Castren.* & alij paulo hinc abeunt, explicantes illum locum de procuratore, qui mandatum se habere mentiebatur.

Lit. B.

Non nisi causa cognita.) Vera est ratio allegata à Treut: quia actori post præstitam satisdationem de iudicato soluendo interest, vt cum ipso defensore potius, quam cum domino experiatur *Glo. & alii* locum istum *in l. 64. h. tit.* de procuratione accepisse videntur. Rectius *Bart. & Castren. ibid* de defensore accipiunt, sed in hoc errant, quod cognitionem causæ verti putant inter dominum & defensorem, cum potius vertatur inter dominum & actorem, cui satisdatione præstita ius quæsitum est.

THESIS XII.

Tres quæstiones hac thesi continentur. I An negligentia procuratoris noceat domino. II. An contumacia eius noceat domino. III. Quibus casibus factum procuratoris domino noceat, an restitutio huic debeat concedi. Ex his prior extra controuersiam est sicut & illud connexum, nomine eius quod procurator peccauit, actione mandati eum conueniri. Posteriores duæ controuersæ sunt. Tr. aliud in negligentia aliud in contumacia ius statuit. Atquin quod ad hunc effectum vt iudicium teneat & sententia valeat, non videtur sufficiens differentiæ ratio inter negligentiam & contumaciam dari posse neque enim alia de causa illa nocet, nisi quod procurator dominus litis est: quæ ipsa facit, vt contumacia quoque nocere debeat: quin si rationem iuris consulimus, vbi procurator litem contestando in se iudicium transtulit, quoad decursum iudicii & processus persona domini in considerationem amplius non venit: sed omnia perinde tractantur, atque si negotium ad ipsum procuratorem pertineret. Et probatur hoc textu non obscuro *in l 10. h t.* vbi etiam si fraude vel dolo quid à procuratore commissum sit, sententia valet: ex quo notat *Iason ibid. colum. 3.* & totidem verbis ex eo *Sichard. ibid.* quod licet mandato quantumuis generali non contineatur dolus, dolum tamen commissum à procuratore nocere domino: licet reuera, vt iam dictum damnum domini hic non spectetur, sed quod procurator dominus litis est, cum quo qui mandatum domini sequutus litem contraxit decipi non debet, multo minus hoc prætextu iudicium eludi & conuelli: quin alias non noceret negligentia, quod nec hæc mandato contineatur. Et hanc sententiam probat *Salicet. in l. 3. C. h t. num 6.* vbi præcipuum argumentum Bart. à fructuario desumptum dissoluit: quod scil. ille non ideo quod mandatum habeat, sed certo quodam respectu & secundum quid proprietarii procurator dicatur, Neque obstat *l. 1. § 2 si quis ius dicenti*: quia est de mere personali & speciali contumaciæ genere, quæ non respicit ipsum processum, sed qua prætoris autoritas contempta vindicatur, & quidem singulari eaque pœnali actione introducta, quam contra dominum dari plane fuerit iniquum. Et hactenus hic contumaciam nocere dicimus, vt sententiam definitiuam, perinde ac si ipse dominus contumax fuisset, iure subsistentem iudex pronuntiare possit: quæ & *Castren.* sententia est *in l. 1. §. 2. si quis ius. dic.* eaque ipsa distinctio est, quam refert. *Cyn. in l. 3. C. h t.* quod contumacia procuratoris noceat quoad processum, vt sententia valeat, non quoad pœnam domino infligendam. Sed & quoad alios effectus contumaciam domino nocere negabimus, veluti, quod contumax non appellat, vt *nos Salic in d. l. 3. C. h. t. in f* quod pœna sit quædam extra processum: vel quod sententia lata & instantia finita ius & dominium illud procuratoris finiri videtur, & iam dominus ipse iure suo pro-

prosequi causam potest *l.9.C.de appellat.* Ex his etiam illud efficitur, vt in casu litis non contestatę contumacia procuratoris constituti domino nocere non debeat: veluti si agatur de mittendo creditores ex secundo decreto quam quidem missionem non decernet prætor, (domino prius non citato) vt maxime ille qui à domino ad defendendum accepit mandatum, contumaciter defendere recuset, quod tradit *Castren.in l.1.§.2.si quis ius dic.&c.*

Tertia quæstio est de restitutione domini: vbi illud liquidum, siquidem domino per actionem mandati sarciri damnum possit, non esse recurrendum ad remedium extraordinarium. Cæterum si procurator non sit soluendo, succurrendum domino esse contra reum absolutum, communissima omnium sententia est: succurri autem dupliciter potest, ex capite, de restit. maiorum, ex clausula generali, *Si qua mihi iusta causa &c.* vel ex capite doli, si hic à parte procuratoris interuenerit, etiamsi eum non participauerit reus, vt vid. si iterum agenti domino exceptio iudicati opponatur, replicetur de dolo, quæ post *Glo.* non obscura videtur sententia *Cyn. Br. Bl. & Salic. in l.10. C.h.t.* Verum mouet quod non videtur replicari posse de dolo tertii, *& in d.l.10.C.h.tit.* indistinctè negatur restitutionem dari aduersus rem iudicatam, neque interesse videtur, siue id fiat directò an per modum replicationis: neque minus difficulter locus ille ad casum quo procurator non est soluendo restringi non potest vt fortassis in puncto iuris defendi possit sententia negatiua, restitutionem dandam non esse: licet pro ea non valde vrgeat ratio, cuius Tr. meminit in casu commissæ negligentiæ: quod imputari possit domino, qui non elegerit procuratorem idoneum, quia & in æstimandis facultatibus alterius facile quis falli, & qui hodie idoneus est, facultatibus labi & satis idoneorum copia aliquando deficere potest. Rectius adfertur *l.13.§.vlt.C.d.iud.* vbi quod specialiter minoribꝰ ex causa negligentiæ curatorum vel procuratorum in subsidium actio datur, aliud obtinere in maioribus à contrario sensu concludi potest: nec quod ibi desidiæ tantum mentio fit, ob id in casu fraudis aut doli admissi aliud Imp. responsurum fuisse credendum est. Neque obstabit isti sententiæ *l.3.§.1.d. eo per quem fact. &c.* quia casus omnino est dissimilis quod nihil imputari possit actori, qui aduersarij dolo actionem amisit, quæ adeo citra iniuriá cuiusquam & iustam indignationem ibi restituitur, non autem restitutio contra sententiam datur.

THESIS XIII.

LIT. A.

Interdum extra ordinem.) Quæstio hæc de Salario procuratoris, an & qua actione illud petere possit, liquida non est, de qua plenius agitur *infr. disp.27.th.1.* Aliquid hic attingemus. Ait Tr. peti interdum salarium extra ordinem, eoque se referre *l.17.C. Mandati* in qua dicitur salarium incertæ pollicitationis peti non posse: & consequenter existimat Treut. textum illum restringendum ad actionem mandati, quam olim sententiam *Iacobi de Aren. sequitur Salic. d. l.1.,C.Mand.num.2.Sich.ibid.num.5.* Sed præterequam, quod ita inepte captatis consultoris verbis respondissent Impp. refutatur illa opinio textu express. *in l.qui pecuniam 56 § penult.mandati.* Ergo dicendum est simpliciter incertum salarium, veluti, si quis dicat, *satisfaciam tibi de salario*, peti non posse: quod limitant Dd. nisi constet, eum operam gratis præstiturum non fuisse, exemplo Advocatorum *in l.1.§.10.d. extraord.cognit.* quod in hodiernis procuratoribus, quos advocatorum instar esse supra diximus, & qui hoc tanquã officium exercent, rationem habet: vix ad rationem juris nostri, si quis tanquam mandatarius operam præstet: nisi olim quoq; aliquos qui ordinario hanc operam in foro partibus præstarent, fuisse existimet. Porro vbi certum quid promissum est, modo non sit persona quæ operas locare, nec factum quod locari solitum sit, (quod hic res transiret in locationem) prove stipulatione aut pacto vel in continenti vel ex intervallo adiecto salarium promissum est, ita vel condictionem certi ex stipularis, vel præscr. verbis actionẽ *Dd. post Glo. in l.1.C.h.t. Br. Bl. Castr.* concedunt: vel actionem mandati pacto informatam: cum aliis quoque casibus licet alterata aliquantum per pactum natura contractus, actio tamen ex eo competat *l 26. depositi*: nisi quis putaverit vtilem hoc casu non directam esse mandati actionem *arg. l.6. §. vlt. Mand.* vbi tamen quod de vtili actione danda dicitur, ita etiam explicare possis, vt non pro mercede, sed super principali actio vtilis mandati detur. hac dubitandi ratione, quod propter conventionẽ super mercede videbatur induisse naturam locationis *arg.1.§ vlt Mand* quo etiam pertinet *l 6. in pr. h.t.* si honor intervenerit, esse mandati actionem: quod honorarium diversum sit à mercede. Sed in tra-

in traditionibus Dd. hoc scrupulum movet, quod partes distinctionum ab ipsis traditarum ita exhauriant omnia membra, ut nullus supersit locus cognitioni extraordinariæ, cuius tamen diserta mentio *l.1. C. Mand.* vbi ea opponitur actioni mandati, *& in l.7. D. eod.* ita quidem promissum certum salarium appareat. Et sane cũ nomine salarij nõ quidvis nec quantumcũq; petere aut stipulari licuisse constet, etiam vbi pactam vel stipulatio intervenerat, extraordinariæ cognitioni locum esse potuisse facile crediderim. Verum de his, hoc quidem loco satis.

De non constituto etiam extra ordinem.) Hoc in procuratoribus ad rationem iuris nostri dubiũ esse iam diximus. Cæterum dicere debebat, quod de non constituto *non nisi* extra ordinem ius diceretur: si quidem initio theseos etiam in casu constituti salarij extraordinariæ cognitioni fecerat locum.

Lit. D.

Asserit hic Tr. quod acquisita ex procuratione sint peculij quasi Castr. statim illam sententiam limitans duplici subiecta distinctione, tum inter jus vetus & novum, tum inter conditionem personarum, an sint viles an honestiores. Verum vtramque dubiam facit, quod non ex qualitate personæ, sed ex titulo & causa acquirendi de hoc videtur statuendum, quod alias etiam quod in militia viles personæ acquisiverunt, Castrensis peculij non esset dicendum: neque hac in re quicquam jure novo mutatum apparet. Et sane quominus ista sub quasi Castrense peculium referenda existimem, moveor. I. Quod *in l.4. C.d. advocat. diverſ. iudic.* advocatorum tantum salaria referuntur ad peculium quasi Castrense; quin *in l. vlt. C. de inoff. test.* ad salaria publica hoc restringi videtur: quæ sententia fuit *Specul'at* relata à Baldo *in l.6. in pr. C. d. bon. qua lib num.16.* & sane cum quasi Castrense peculium ijsdem fere quibus Castrense privilegijs gaudeat, ea citra textum temere non sunt extendenda. Hinc consequenter. II. Quia quasi Castrense peculium dicitur respectu cuiusdam militiæ togatæ: procurator autem neque militare, neque eius functio quæ mere privata est, militia dici meretur. III. Quod alias etiam merce des procurationis cuiusvis ad negotia, imo institoriæ etiam functionis, quasi Castrensi peculio accenseri possunt, contra expressum text. *in §.2. 1 per quas perſ. nobis acq.* vbi non exstitij peculij esse dicitur, quod filius laboribus suis acquisivit,

tandem quod hoc officium ad rationem iuris nostri vile est, & in quo sola opera, non ingeniũ eruditio aut prudentia aliqua desiderantur. Plane in Procuratoribus ijs, qui, vt supra dictum, hodiernis moribus in superioribus iudiciis advocatorum instar obtinent, sententiæ Treutler. possit esse locus.

Disputatio X.

DE NEGOTIIS GESTIS.

Respondente

Christophoro Ludovico à Bettendorff.

THESIS I.

Lit. A.

EST *quasi contractus*.) Genus hoc sicut & sequentia, angustiorem faciunt definitionem, si, quæ *th.2. & seqq.* tractãtur, conferantur, quæ scil: ostendunt actionem negotiorũ gestorum, semper ex quasi contractu non nasci: ideoq; cautio hic præmittenda erat, quod hæc actio alia sit, vt ita loquar, ordinaria, de qua *in §.1. Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. & in l.5 in prin. d. oblig. & act.* alia quasi subsidiaria, varijs negotiis accommodata: quod ex seqq. magis apparebit. Quoniam autem hic primum quasi contractus fit mentio, obiter notare libet, hos contractus à veris fere vt pacta tacita ab expressis, id est, qualitate conventionis differre, quod pluribus traditur infra *disp.12.* Deinde docendi causa ita hos contractus appellari, cæteroquin ICti ita loqui amant, vt obligationem, non ex quasi contractu, sed quasi ex contractu vel delicto descendere dicant.

Lit. C.

Etiam hæreditatis iacentis.) Revera nulla hic pugna in re i *l.3.6.6 h.t. & l.28 § fin. d. stip. seruor.* neque enim dubium est, quin etiam in specie *d l.3.* hæredi post adeunti actio quæratur, quod scil. quandocunque hæreditate adita, tempus illud cum tempore mortis testatoris continuatur, sicut & quod passim hæreditas dicitur repræsentare personam defuncti, non propterea negatur hæreditas esse iacens, de quo adeo casu Pratos quoq; edicendum censuit *d.l.3.§.3.* quod præsertim ante declaratam ab hærede voluntatem, eius negotia vere dici non possunt.

Sed & sciens.) Male adducitur *l.2. h.t.* ex qua con-

contrarium potius ostenditur, quoniam quod ibi dicitur, *licet ignorantis*, minime significat, etiam vbi scientis negotia gesta sunt, huic actioni esse locum, sed continetur ijs verbis continuatio *ad tit. prac. d. procur.* quod non tantum fit actio, si quis gesserit negotia scientis, sed etiamsi ignorantis: illo videl. casu mandati, hoc negotiorum gestorum, idque statim *in d. l. 2.* subiicitur, itaq; eo casu, scilicet, quo ignorantis negotia gesta sunt, vltro citroq; nascitur actio, &c. Quod autem adducit *l. 19. §. 2. h. t.* apparet inde, confundi à Treut. actionem negotiorum gest. quæ dici potest ordinaria, cum extraordinaria: neque dubium est, quin multis casibus, etiam vbi ex iussu negotio gesta sunt, vbi personæ conditio actionem mandati nasci prohibet (quod accidit in specie *d. l. 19. §. 2.*) nasci actionem negotiorum gestorum, quæ aliquando actioni mandati est subsidiaria: sicut & constat, contra curatorem prodigi vel adolescentis esse actionem neg. gest. Verum illa neg. gest. actio, de qua agitur *in d. l. 5. in pr. d. oblig. & act. & in §. 1. Inst. d. oblig. qua quasi ex con.* tãtum ad eum casum quo ignorantis negotia gesta sunt, pertinere videtur per dd. textus iuncta *l. 20. §. 1. mandati*, ibi *quia non antecesserit mandatum.* Et tamen fatendum est vt mandati actioni sit locus, non semper expressum mandatum antecedens desiderari per *l. semper, 60. dict. reg. iur. l. 6. §. 2. l. 18. mandati*, vbi notanda sunt verba, *si passus sim:* quæ scil arguunt scientiam prohibere valentis, & quidem scientiam eum ipso actu concurrentem, & ibi quis aliquid tanquam pro sciente gessit. Cæterũ, maxime vbi quis tanquam ignorantis negotia gerit, postea superueniens scientia, non statim inducet mandatum, quod alias omnis ratihabitio faceret oriri actionem mãdati, de quo infra *th. 6*

Lit. D.

Sine mandato) Ait hanc esse specificam differentiam huius quasi contractus. Verum aut valde restringenda erit vox mandati aut contra tradita thesibus seqq. valde anguste accipiendũ definitum: siquidem alias exemplis *th. 2.* propositis hæc minime conueniunt.

Lit. E.

Atqui culpa est &c.) Explicatio Tr. quæ tamen etiam probari videtur *Cuiacio in l. 39. d reg. iur.* nimis & ad casum singularem regulã restringit, eamque cuius vsum laxiorem esse oportet, quodammodo tollit. Quod si hoc generaliter obtinere existimat, vt ratione tertii tantum quis in culpa esse videatur, procul dubio falsam regulæ illi adscribit sententiam, quippe quod culpa vel præcipue ratione eius ad quẽ res spectat, cõtrahi videatur: sicuti hoc sensu suspectus dicitur, qui se ingerit tutelæ vel procurationi *l. 25. de procur.* Ideoq; dicendum est regulam istam etiam huc trahi posse eum *Petr. Fabr. in d. l. 36.* ita vt qui facile aliena negotia gerenda suscipit, hoc in culpa esse intelligatur, qua de causa etiam ad exactissimam adstringitur diligentiam, ex sẽtẽtia veriori de qua *th. 5.* Et multa tamen gestorum à culpa excusare possunt: & recte *Cuiac in d l. 36. inf* Laus est aliquando immiscere se rebus amici, nonnunquam culpa: & optime ibid. Accur. magis creditur neg. gestor. officium, quod homo homini debet implere, quam culpabiliter rei alienæ se immiscere voluisse.

Qui voluntarius procurator) Notanda hic est incuria Treutleri, qui negotiorum gestorum in genere appellat procuratorem voluntarium & tamen initio *th. 2.* distinguit gestorum in necessarium & voluntarium, ita vt vtroque casu pariter actionem negotiorum gestorum concedat.

THESIS II.

Lit. A.

Proponit initio differentiam inter gestorem necessarium & voluntarium, desumptam ab eo, vt ipse loquitur, quod in actionem deducitur, & quod necessarius ad omnia gerenda teneatur, spontaneus tantum ad id quod suscepit. Vbi initio parum subtiliter pro iidem habet, quod gerendum suscipitur, & quod in actionem deducitur. Cæterum ipsa hæc differentia, quod necessarium gestorem. 1. Particularis est, & ad administratores vniuersitatis tantum pertinet: quod ex ipsis Tr. necessarii gestoris speciebus apparet, ex quibus propositæ *tit. C. & seqq.* executoris, liberi hominis pro seruo possessi eiusmodi gestorum species sunt, qui non nisi ad id quod susceperunt gerendum tenentur. Deinde distinctio illa ideo nullius momenti est, quod & spontaneus negotiorum gestor omnia ad quæ accessit expedire tenetur, & reuera necessarius quoque tantum ad ea quæ suscepit expedienda adstringitur, suscepisse autem omnia ea intelligitur, ad quæ ex necessitate officii obligatur.

Quid si accessit vt omnia gesturus) Decisio hui' quæstionis petenda *ex l. 6. §. vlt. h. t.* tenebitur nimirum etiam nomine eorũ quæ non gessit duobus casibus, si propter illum alius nõ accessit, eo sciente & non cedente, vt loquitur *Salic. in l. tutor.*

*tori 20.C.h.t.n.*8. itemq; si alius diligentior omnia fuisset gesturus. Extra hos duos casus non tenebitur nisi de inchoatis & connexis. Et hanc Iohannis opinionem fuisse tradit ibid. Salic. (quam male videtur accepisse Tr. quasi ille simpliciter gestorem de reliquis teneri negasset) eãque bonis rationibus confirmat, contra *Cyn. Castren. & Bart. ibid.* qui sequuntur Guil. ex vitiosa ratione, quod ipsa destinatione & intentione gerendi cum eo cuius negotia sunt, contrahi videatur. Plane si alius aliquis alia negotia actu gesserit, hic solus tenebitur, quod factum hoc continens veritatem, potentius est ad producendam actionem quam alterius animus & propositum.

LIT. B.

Vt cum curator.) Cautione hæc assertio opus habet, quoniam quoad singulares actus negot. gest. actioni locum esse verum est, in eoque diuersa tutoris ratio, qui tutela durante nullo modo conueniri potest. Atquin in casu finitæ curæ, vbi de reddendis actionibus agitur, quæstio non liquida est, an curator negot. gest. actione, an vtili tutelæ conueniatur, de quo agitur *infr. p. 2. disp. 9. th. pen.* Ex quo etiam videatur explicari posse controversia sequens, pugnantibus in specie *l.3.§.5.h.t. & l.1.§.2.d. contrar. tut. action.* vt videlicet altera quo finita cura super vniuersa administratione agitur, accipiatur: quod paulo durior sit explicatio Tr. vtrumq; locum de ead. specie actionis accipientis.

LIT. C.

Item cum executor.) Non est pugna inter *l.3.§.8.h.t. & l si pignora 50. de euid.* nota etiam vulgata conciliatio, quam post *Gloss.* sequitur Tr. Sed obstat, quod omnino executor non habet animum gerendi negotia siue creditoris siue debitoris, sed exequendi mandatum prætoris. Dein de quod si animus aliquis gerendi negotia fingi possit, is quoque respectu debitoris considerari posse, quod scilicet hic solutione facta liberatur. Et hæc causa fuisse videtur *Anton. Fabric. in dict. l. 3.§.8.* vt eum locum de actione doli interpretaretur. Verum quia Rubr. repugnat, & rationes nostræ legib. sunt accommodandæ, & *d. l. 50. de euic.* diserte loquitur de debitore, dicendum est huic ideo actionem neg. gest. contra executorẽ dari non posse, quod vtiq; ipso inuito distractio pignorũ, de qua ibi tractatur, fieri intelligitur. hæc autem actio præsumptam domini voluntatem requirit & desiderat. At creditores qui iudicatum debitorem fecerunt, in venditionem bonorum, & eo ipso consentire intelliguntur in executorem, secundum sententiã à prætore datã, qui etiam dum sententiam à creditoribus impetratã effectui mandari curat, horum quodamodo negotium gerere dici potest. Et vtcunq; animus recta negotia creditorũgerendi non adsit, satis tamen esse potest, quod eorum vtilitatem hoc negotium & hæc gestio cõcernat, cũ & aliis multis casibus in quib. minus apparet negotia gerendi animus hæc actio, quæ quodammodo vaga & subsidiaria est, accomodetur *arg. l.3 §.5. & pen. l.6.§.5 & 6. inf. l. 27. & l. 31.§.1.h.t.* fit ergo contra Fabr. qui etiam in connectendo *§. seq. cum d. §.8.* nugas agere videtur, probanda magis conciliatio *Gloss.* siquidem vix est, vt intra apparitorem de quo *in d. l. 50.* & aliũ executorem distinguere possis.

LIT. D.

Proponit hic aliam speciem, necessarij gestoris his verbis: *cum tutor posthumi inchoata negotia perficere cogitur*, & in alleg. subiicit, *& si non nascatur posthumus.* Atquin cardo huius controuersiæ non circa perficienda negotia, sed in eo vertitur, quænam actio huic tutori, non nato posthumo concedatur. Qua de causa male tanquam ampliatio proponitur *& si posthumus &c.* quæ quidem verba inferunt, etiam posthumo nato actionẽ neg. gest. proponendam esse: cum tamen illud constet, posthumo nato, negotia omnia coniungi, & etiam ante natiuitatem gestorum nomine tutelæ agi *l.29.h.t. l.19.§ ult. de test. tutel.* Cæterum quod attinet ad pugnam *l. pen. d. tut. & ration. distrah. & d. l. 29. h. t.* Paulus *in d. l. pen.* subtilem nimis rationem sequutus, Vlpianus autem hoc spectasse videtur, quod vtiq; verum est negotia tutore illo dato, & animo contrahẽdi gesta fuisse, licet propter forte abortum matris, euentu considerato alterius negotia gesta esse appareat. Parum sané refert, siue vtilẽ negotior. gest. siue inutilem tutelæ competere dixeris.

LIT. E.

Vt si quis se mandatũ.) Frustra huc allegatur *l.1. C. d. her. tut. l.1. C. d. mag. conuen.* Sed nimiũ hoc sentit Tr. si quid tutorum vel curatorũ hæredes, in se administrandi ius transire existimãtes gesserint, neg. gest. fore actionem. Non dubitatim tamen idem statuendum in quocũque, qui tanquam ex mandato cuiuscunque negotia gerit, quod vtique opinio gerentis ad mandati actionem producendam sufficere non potest.

LIT. F.

Item si quis liber.] Hic quoque duas inter se leges committit Treutl. quas componendi ratio ab ipso probata non immerito Accur. displicet: quoniam cum *in l.13.commod.* eiusdem conditionis homo liber bona fide seruiens proponatur, cum conditionis suæ gnatum, tanquam hominem liberum negotia gessisse, conjectura mere est diuinatoria, huic quoq; suspecta quod ICtus ibi alternatiue actionem mandati & præscriptis verbis proponit, quod ICtis solenne est, vbi propter aliquam causam an ordinariæ actioni locus sit, dubitatur. Et fortassis non existimandi sunt inter se pugnare ICti, quod alter neg. gest. alter mandati actionem proponit, cum præsertim in personam illa & status quem reuera habet, & quem interim tanquam servus sustinet, a ICtis videatur fuisse consideratus.

THESIS III.

LIT. A.

Non vero huc pertinet.] Generalius quam par erat negat hic Treut. contra procuratorem dari actionem negotiorum gestorum. Etenim si de negotio aliquo singulari tractetur, vel actione pro tutela aliquid fuerit omissum, actioni negotior. gest. locum fore existimem, per ea quæ tradunt *infra p.2. disp.9 th.7.* Quin actionem negot. gest. cum pro tutelæ actione concurrere posse locus *Paul.1. sent.4.* (qui vix admittit explicationem Treut.) non obscure confirmat. Et fortassis non satis bene infertur: vbi non habet locum actio pro tutelæ, ibi datur actio neg. gest. (quod solum probatur *ex l.1.§.6. de eo qui pro tut.* ergo vbi illa habet locum, hæc excluditur. Etenim actio negor. gest. vaga est & quasi generalis, & cum actio pro tutelæ etiam ante pubertatem detur *d.l.1.§.3. d. eo qui pro tut.* protutor quoad hoc, curatoris instar esse videtur, qui neg. gest. actione conuenitur, vt probatur *d. disp.9 p.2.* Possit etiam videri distinguendum, an dubium sit de iure tutelæ, an tutorem non esse constet: vt illo casu actio pro tutelæ detur *arg. l.1. de eo qui pro tutore.* (vbi propter hanc dubietatem dicitur motus prætor.) hoc actio neg. gest. quo pertinere videtur *l.1. C. de testament. tutel. & l.6. de neg. gest.* quæ tamen loquitur de curatore, in quem negotiorum gest. actionem dari facilius est.

LIT. B.

Si mater repetendi animo.] Ait expensas in rem non videri animo donandi factas, nisi gestor cōtrarium probet. Quæ simul consistere non posse videntur, quia cuius est probare, contra eum militat præsumtio, sicut ex aduerso, pro quo præsumptio est, ille onere probandi releuatur: adeoque si mater, quæ impensas faciendo negotia filij gessit, onere probandi grauatur, sequitur necessario contra Treut. quod expensæ animo donandi factæ præsumantur. Et rectius *Gloss. in l.11. C. h.t. eamq; sequuti Salicet. Bart. & Sichard. numer.11.* ita loquuntur, eo ipso quod impensæ in rem sunt, præsumi factas animo repetendi, nisi contrarium, videlicet à filio, probetur, vt fortassis hic apud Treut. errorem typographicum liceat suspicari. Et hæc tamen opinio non conuenit *l.11. Cod. h. tit.* ex qua tamen ipsi eam adstruere conantur: ibi, *si recipiendi animo te fecisse ostenderis:* quibus vtique verbis onus probandi iniungitur matri. Plane si impensa aliquanto maior fuerit, præsumetur facilius animo repetendi facta, quod *post Petrum probat Cyn. in dict. l.11.* vel si in libros rationum retulerit *Sichard. ibid. nu.10.* Cæterum possit aliquando mater etiam impensas alimentarias repetere, vt in specie *l. Nesennius 34. h.t.* quod notant *Bart. & Castr. in d.l.11. C. h.t.* nisi forte facilius auiæ eiusve hæredibus præsertim in casu administratorum bonorum reputatio alimentorum datur.

LIT. C.

Si vitricus in rebus priuignorum.] Cum de rebus priuignorum hoc proponat, frustra quærit in allegatis an adhibenda distinctio, inter expensas in rem & in personam. Cæterum ego cōtra sententiam Treut. *post Salic. & Bald. in l.15. C. h.t.* magis existimo, expensas alimentarias donandi animo factas præsumi: & verba *d. l.15. C. h.t. paterno affectu*, nō limitandi, sed explicandi gratia adiecta, quod in vitrico paternus debeat esse affectus: quam sententiam non obscure probat *Cyn. in d. l.15.* Plane si expensas in rationes retulerit, si necessarium alimentorum modum excedant, & filius alias locuples sit, reputandi animo impensas factas fuisse præsumemus: quod notat *Bart. in d. l.15.*

Etiamsi bona priuigni administret.] Non recte se habet hæc ampliatio: quia hoc casu facilius reputandi potius quam donandi animo expensæ factæ præsumi possunt: *arg. d.l. Nesennius 34. h.t.* in qua non alia ratione in dubio ab auia repetendi animo præstita respondet ICtus, videtur, quam quod auia nepotis bona administrasse proponebatur.

Etsi enim vtroq; hoc casu.] Ait siue vitricus bona

ligationem principalem diuiduam, imo diuisam, sustulit & peremit: quæ fere eadem sententia est *A Fab. 11. coniect. 7. & Cuiac. 26 obseru. 36.* Sed videamus an non hoc dici possit, hactenus concurrere actionem neg. gest. cum actione V. C. fam. ercisc. vt quando & ad quod illa competat, etiam hæc competat, sed non viceuersa: adeoque si cohæres negotium gessit indiuiduum, fam. ercisc. necessario agendum erit: si vero gesserit negotium diuiduum, vtraque poterit experiri. Neque enim dubitauerim, quin V. C. expensæ, à socio factæ, iudicio fam. ercisc. siue res diuidua siue indiuidua, peti possit. Secundum quæ ita accipiendus erit ICtus *in l. 40. h. t.* vt necessariam com. diuid. actionem esse neget: non autem plane eam excludat, neque abnuat, quin ea instituta, socius quod in re communi in ea specie præstitit, consequi queat. Magis obstat *L. 9. §. 3. comm diuid.* ibi, *non alias: &c.* propter quem text. amplius distinguendum, inter iudicium comm. diuid. plenum super ipsa simul diuisione, & super præstationibus tantum personalibus: vt illud demum actione negot. gest. concurrat non etiam hoc.

Lit. H.

Si quis sumtus in communi lite.] Obijcitur huic sententiæ quod paulo ante dictum, vbi negotium pro parte curari non potuit, agendum esse comm. diuid. *l. 20. h. t. l. 6. §. 2. comm. diuid.* Neque possit Tr. de eo casu accipere, quo sumtus pro parte fieri potuerunt: quia in citata *L. 13. § vlt. h. t.* tractatur de iudicio super seruitute reali: quia indiuidua est. Distingui possit inter ipsam rem in iudicium deductam: & sumtus in lite persequenda factos, quorum præstatio diuidua est: quomodo in specie *l. 40. h. t.* licet ædes pro indiuiso possideantur, tamen pro parte damni infecti caueri potest *l. 6. §. 7. comm. diuid.* neq; quod defendere indiuisum quid est, propterea etiam sumptuum præstatio indiuidua haberi debet. Et res plane liquida erit, si ponas aquam quidem communem fuisse, sed distinctis prædijs debitam. Cæterum Treut. Pacium sequitur, qui hanc reddit rationem *ad d. l. 32. §. vlt. h. t.* quod in actionem com. diuid. non veniant seruitutes *l. 19. § 2. & §. vlt. com. diuid.* vt adeo cum in communione seruitutis socij maneant, vtique aliqua actione ei qui sumtus fecit sit succurrendum. Attamen haud scio, an ead. statuenda sit ratio seruitutis ipsius & sumtuum: neque verum videtur, quod actione comm. diuid. semper ad diuisionem rei agatur *arg. d. l. 40. h. t. & l. 6. §. 2. comm. divid.* vbi propter expensas factas ea actio datur, vt non tamen protinus de re dividenda tractetur. Et cum iudicium istud mixtum sit, nihil absurdi fuerit, aliquando super præstationibus personalibus tantum, salua manente communione, eam institui. Quod autem diximus pro parte damni infecti caueri posse, ei non obstat *L. 23. de damn. infect.* quia siquidem socius velit, ne vicinus omnino in possessionem veniat, necesse habebit in solidum cauere, cæteroquin pro parte recte cauebit, nec vltra tenebitur, si vicinum pro parte in possessionem mitti patiatur. Quod si enim socio non cauente insolidum, insolidum missio fieret iniuria socio fieret. & falsum esset quod *in d. l. 7. commun diuid.* traditur, pro parte hoc ita agi posse vt negotium socij non agatur: & sufficere debet vicino, si in locum non cauentis succedat: & est hæc tertia eademque verissima Accursij solutio *in l. 40. h. t.*

Lit. I.

Et eius generis alia.] Exemplum affert *ex l. 32 §. fin. h. t.* cum qua recte ita post Accur. componitur *l. 25. depos.* vt hæc accipiatur de casu filiæ scientis: quod ipsa L. verba perspicue ostendunt, quibus res puellæ oblatæ dicuntur, vt proinde illam præsentem fuisse oporteat: & fictione breuis manus ipsi puellæ & per hanc patri traditæ intelligantur.

THESIS IV.

Lit. A.

Quæritur negotiorum gestor, qui pecuniam in suos vsus conuertit, in quas vsuras teneatur? Tr. ad componendos textus *in l. qui sine; 38. h. t. l. 10. §. 3. Mand.* sequitur primam Accur. solutionem, qua inter neg. gestorem & procuratorem distinguit: De hoc loquitur *d. l. 10. §. 3. de illo l. 38. h. t.* cuius explicationem vt obiter adijciamus. In negotiorum gestore duplex debitum consideratur alterum, administrationem seu gestionem præcedens, velut, si ab amico, cuius postea negotia gerere cœpit, pecuniam accepit, vel ex alia causa eius debitor factus est: alterum, gestionem subsequens, vt si gestor ex ipsa gestione sumat nummos, & pecuniam domini, sine eius consensu in vsus suos conuertat. Circa prius distinguitur, an à se debitor gestor exi-

exigere debuerit, an non debuerit, V.C. quod debitum fuerit in diem: & hic nullas præstat vsuras, quod nec dum a creditore potuerit conveneniri: illic præstat vsuras, verum minores, quibus alias dominus fœnerare soleb at. *l. 6. inf. l. 29. §. 4. h. t.* Vbi pecuniam in suos vsus conuetrit, omnimodo in vsuras, & quidem maximas tenetur, *h. l. 38.* quia vt eleganter subijcit ICtus, alia ratio est eius, qui nihil deliquit, sed ante debitor fuit, alia eius qui cum mala ratione debitor esse incipiat, eo ipso delinquere intelligitur, & adeo in vicem cuiusdam pœnæ in grauissimas vsuras condemnatur: quæ oppositio manifeste confutat & Rogerij, qui hic vsuras maximas, de magnis, interpretatus est, & Accur. sententiam, qui ad negotia tutelaria hoc responsum restringit: diversus ab hoc videtur procurator, qui vtpote mandatum habens, etiam dum pecunia ipse vtitur, bona fide agere videtur. Attamen negari non potest, quin conuersio hæc pecuniæ in vsus proprios, mandato non contineatur, & obstat illi distinctioni ratio ICti in hac *l. 38. vers. quoniam vbi, &c.* Ideoque *Ant. Fab. hic etiam d. l. 10. de procurat.* accipit de vsuris maximis: cui explicationi fauent verba, *legitimo modo*, quoniam per legitimas vsuras centesimæ intelliguntur, vt probantur *infr. p. 2. disp. 3.* quod scil. quæ eas excedunt omnino illegitimæ & illicitæ sunt: quæ autem infra eas sunt, incertam habent quantitatem, nisi ea conuentione partium definiatur, cuiusmodi conuentio cum *in d. l. 10.* nulla esse possit, tanto facilius eam de vsuris legitimis, quarum modis lege vel consuetudine regionis definitus est, accipiemus.

LIT. B.

Si caueri sibi finat.] Ait, tum demum ei qui negotium gestori mutuam pecuniam dedit, actionem neg. gest. contra dominum dari, si caueri sibi finat, rem domini in illo statu esse &c. Vbi paulo pinguius loquitur, & diuersas quæstiones commiscet, siquidem cautio interposita inter dantem & accipientem, non efficiet, vt tanto magis actio contra dominum competat, quæ nimirum ex mutatione in vtilitatē & contemplatione domini facta, & ita ex specie quadam neg. gestionis descendit. Cæterum illa alia quæstio est, an non mutuatur ille instituta actione negot. gest. probare teneatur, quod conditio negotiorum ipsius domini hanc mutationem desiderauerit; quæ ab hoc est aliena.

Illud in genere in dubium.] Hæc quæstio ab hoc loco aliena est, de contractibus vel delictis vniuersitatis. De illis agitur ex professo *inf. disp. 20. th. 5.* De his paucula attingemus. Quæstio duplex est: an delinquat ciuitas siue vniuersitas: & si deliquerit, quomodo puniatur. Delinquere dupliciter dici potest. si vniuersitas aliquid communi impetu faciat, & si communi consensu aliquod delictum fieri mandet, & illic & hic delinquit vniuersitas *l. metum 9. §. 3 quod met. caus.* si modo hic communicato consilio & deliberatione præcedente fieri mandauerint, vt bene *Br. in l. aut facta 16. §. vlt. de pœn. & post eum Ias. in l. ciuitas 27 de reb. cred.* vbi plures allegat: Neq; obstat *l. 15. §. 1. de dolo* quia verum est, rarius vniuersitatem integram delinquere, sed & hoc, vniuersitatem non ita delinquere, sicut certa aliqua persona, quando quidem in ea continentur pupilli, fœminæ, furiosi, & c. neque contingere potest, vt omnium omnino voluntas æqualiter in delinquendo concurrat. Ideoque etiam, quæ altera quæstio, diuersa hic ratio puniendi est. Equidem ciuiliter in quantum ad eam peruenit, procul dubio vniuersitas recte conuenitur, quo pertinet *d. l. 9. § 3 quod met. caus.* Criminaliter autem in vniuersitatem vix nisi dissolutione communitatis, priuatione priuilegiorum, multa, aut castigatione quorundam ex multitudine animaduerti posse videtur. de quo *v. Br. in d. l. 19. §. vlt. de pœnis.* vbi hanc quæstionem plena manu & distincte tractat, quibus adde *Zas. & alios Dd. in l. ciuitas 27. de reb. cred.*

Qui ipse Syndicus.] Intellige vbi lis per eum cōtestata est: cæteroquin libere poterit reuocari.

THESIS V.

LIT. A.

Contraria siue vtilis.] Hic quidem incuria autoris nec dissimulari nec excusari potest: dum proposita actione directa & contraria quæ iuxta *th. seq.* negotiorum gestori datur, hanc ipsam contrariam, cum vtili, quæ ipsi quoque cuius negotia gesta sunt, accommodatur, male confundit: Nimirum constat actionem directam dupliciter dici: vno modo quatenus opponitur vtili, quo sensu directa est, quæ V. C. ex ipsis verbis legis, vtilis, quæ ex æquitate & interpretatione datur; altero modo, quatenus opponitur contrariæ, in ijs contractibus qui ab initio non vtrinq; obligationem producunt: vnde contraria mandati, pignoratitia, tutelæ, depositi, commodati: quę actiones cōtrarię, iuxta priorē acceptionē & ipsæ directę sunt. Et cū Textus hęc referat ad explicationē, *l. 47 § 1. h. t.* liquidissimū est,

quod

quod ibi de ea præcipue actione, quæ domino datur, tractetur; & quod ICtus ibi ait, nihil interesse directa an vtili actione quis experiatur, absurdissime ita acceperis, nihil interesse, an directa an contraria in iudicium deducatur.

Quod per se essent obuia.] Ex hac ratione concludit Treut quod iam tempore Pauli impetratio formularum ex parte cessauerit. Atqui I. Formularum impetratio in parte cessasse, & ex parte in vsu fuisse non potuit. II. Longe ante Paulum ead. ratio fuit edicti, quæ tēpore Pauli. III. Non propter ignorantiam formulæ, sed impetrandi iudicis & actionis gratia prætor adeundus erat. IV. Licet singularum actionum cōmunes formulæ erant, tamen in indiuiduo variabant, propter exceptiones vel replicationes, quæ formulæ addebantur. Cæterum quod impetratio formularum iam tempore Pauli cessauerit, non probatur *ex l. 47. h. t.* Quin imo cum illa de extraordinarijs loquatur, colligere liceat, in ordinarijs nihil fuisse mutatum.

In extraordinarijs, id est, prætorijs.] Si hæc explicatio recta est, sequetur, quod super actione negotior. gest. iam tempore Pauli ipse prætor fuerit cognoscere solitus: quod cum faciebat, extraord. nemius reddi dicebatur, quia ordinarium erat, vt cum formula partes ad iudicem pedaneum mitterētur: ficut eo respectu iudicia omnia extraordinaria dicūtur à Iustin. *in §. vlt. Inst. de interdict.* quod prisco impetrandi formulas & iudices dandi more sublato, ipsi magistratus iudicabant. At vero tempoꝛe Pauli super actione neg. gest iudicem datū fuisse *ex l. 3. in pr.* & alijs passim sub *h. t.* textibus perspicuum est. Vt proinde ad explicationem *d. l. 47. h. t.* & ad eam vindicandam ab *Ant. Fab.* coniectura qui *4. coniect. 7* à Triboniano §. 1. corruptum existimat, tentandum videatur, speciale aliquid habere hanc negotiorum gest. actionem, quæ nō ex certa conuentione vel cōtractu nascatur, sed à prætore varijs casibus, quibus æquitas alicui succurri suadet, quasi in subsidium accommodetur: vbi fortassis nulla huius actiōis certa, aut vtriq; generalis & rudis, eademq; perpetuo vna formula fuerit, siue quis directo siue vtiliter eam intentaret: in alijs vero ordinarijs actionibus, aliam directæ aliā vtili actioni formulam præscriptam fuisse verosimile est. Et quod ita subsidiaria quasi hæc actio fuerit, probatur *ex l. 13 inf. commod l. 19. §. 2. l. 27. l. 31. & l. vlt. h. t.* Fortassis etiam in actionibus à prætore introductis, non ea obseruata fuit solemnitas & scrupulositas, quam quidem ICtis in oratione pro Murena Cicero imputare videtur.

Eundem habet effectum.] Quod de effectu vtriusq; actionis directæ & vtilis proponitur *in dict. l. 47* in hanc sententiam explicat Tr. quod iudex potuerit ex æquo & bono iudicare. Quod procul dubio alienum est à mente ICti, qui hoc tantum, vtraque actorem idem consequi, significat: neque vero dici potest, quod in actionibus directis etiam ex æquo & bono iudicare possit index, præter quā in bonæ fidei iudicijs, quæ cum ordinaria sint, vel ideo nō recte quasi ad extraordinaria Tr. istud restringere videtur.

LIT. C. & D.

Vulgata quidem, sed non expedita hic mouetur quæstio an negost. gestor. præstet leuissimam culpam. Negans sententia magis recepta est, quam sequitur Tr. pro qua non valde mouet exemplum tutoris: quia hic necessarium gerit munus: non etiam quod alias nemo facile vlterius negotia esset curaturus: quia idem & fortius obijcias mandato, in quo leuissimam præstari culpam receptum est, &, vt est *in l. 21. C. mandati,* aliena negotia exacto gerūtur officio, nec quidquam hic neglectum culpa vacuū est, & interest, ne quiuis temere & facile alienis se immisceat negotijs: Facit, quod negotiorum gestor alios quasi præuertere videtur, qui forte ipso diligētiores negotia curanda suscepissent: vt adeo qui negotia suscepit, ad diligentiā talē, qualis à quocunq; præstari potuisset, sese obstringere videatur. Idque nimirum est quod ait *Iust. in § 1. Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* quod nō sufficiat talem hic diligentiam adhibere, qualē quis rebus suis adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia. Fallitur enim hic Tr. qui illa verba *si modo alius, &c* pro limitatione accipit, post *Sal. & Cyn in l. tut. 20. C. h. t* quia imo ea exactissimæ diligentiæ, cui leuissima culpa opponitur, definitio quædam siue descriptio est: quod apparet ex collatione *§. 1. l. quib. mod. recont. obl & l. 1. §. 4. de O & A.* vbi ijsdem plane & totidem verbis, quod *in d. l. §. 1. l. de obl. quæ quasi ex contr.* de neg. gestione traditur, de commodato proponitur, in quo leuissimam culpam venire constat. Et, vt ad cōfirmationem huius rei plenius hoc explicetur, de diligentia & culpa disputari potest in abstracto & in concreto: itaq; possit aliquando in hypothesi ne quidē culpa esse si homo natura negligens proponatur, quod in homine industrio & diligenti parum absit à dolo. Et nimirum

mirum priori consideratione summa diligentia est, qua diligentissimus paterfam. vtitur: diligentia media, qua vulgo quiuis paterfa. vtitur: sed posteriori cōsideratione, siquidem ipse debitor diligentissimus est: ea cura quam adhibet reb. suis, ead. est cum diligentia summa: sin vulgari modo diligens est, quam rebus suis adhibet, media diligentia dicitur: quod non ineleganter probatur *ex § item si 2. quibus mod. recont.* vbi traditur, in commodato, quod summā exigit diligentiam requiri curam maiorem, quam quis adhibet rebus suis, si vid. alius rem curare potuisset diligentius, & ita cōmodatarius vulgari modo diligens sit: ex eo enim efficitur, si ipse sit summe diligens, sufficere eam curā, quā præstat rebus suis. Ex quibus manifestū fit, verba *d. §. 1 si modo alius, &c.* non continere limitationem ad illud quod de exactissima diligentia dictū erat, sed ad proxime præcedens, quod maiorem teneatur præstare diligentiam quam rebus suis: quia hoc fallit, vbi ipse gestor diligentissimus est, quo casu vt paulo ante dictum, diligentia quæ rebus proprijs adhibetur, eadē est cum diligentia summa. Fortissime igitur *ex d. §. 2.* probatur, quod in neg. gest. actionem etiā veniat leuissima culpa. Accedit textus non minus perspicuus *in l. hæred. 25. § non tantū fam. ercisc.* quo plus quam culpā (quo verbo leuem culpā continere vulgatum est) præstari probatur: ait enim ibi ICtus cohæredem teneri ob culpam, nō autem ad diligentiam qualem præstat diligens paterfam. quia simul propter partem communē causam habuerit gerēdi, & ideo non esse actionem neg. gest. Quæ ratio ICti si bona est, necessario sequetur, quod negotiorum gestor, vt qui non habuit causam gerendi propter partem cōmunem, præstat non tantum culpam, sed etiam diligentiā, quo modo loquendi passim a ICtis summa diligentia significatur. Neque mouet regula *l. 5. §. 2. comm.* quod illa multas in mandato, tutela &c. patiatur exceptiones, accedente etiam hoc, quod negotiorum gestor vltro sese offerre videtur & ex oblatiōe etiā in alijs casib⁹ arctius quis obstringitur *ar. l. 1. § sæpe 35 depositi.*

Vno deposito excepto] Occurrit hic nodus explicatu difficilis. Nimirum vulgarissimum est, quod venditor, locator, socius &c. ad eam tantū diligentiam, quam suis rebus præstant adstringantur: cui consequens est, vt eum actione emti locati, pro socio, teneantur, si minorem rebus illis quam suis diligentiam adhibuerint, quæ communissime leuis culpa perhibetur. Et tamē ICtus *in l. quod Nerua 32. depositi,* eum qui minus curat res alienas quam suas, fraude non carere pronuntiat Tr. hoc ita expedit, vt speciale in deposito esse dicat, id est, vt in alijs quidem cōtractibus & causis leuis culpa sit minorem alienis quam suis rebus adhibuisse diligentiam, in deposito autem sit fraus & lata culpa. Verū hæc coniectura confutatur hac ratione, quod ita cōtra manifestos textus sequeretur, eādem reipsa & effectu à depositario diligentiam & curā esse præstandam, quæ à venditore, cōductore & socio exigitur, adeoque hac in re depositum non differre ab alijs contractibus: quoniam qui salua fide minorē rebus alienis quam suis diligētiam præstare non potest *d. l. 32 depos.* eodem quo res suas modo alienas curare obstringitur: atque ita differentia illa depositi à reliquis cōtractibus tot locis tradita nominalis & reipsa inanis erit. Vix habeo, quod huic rei expediendæ in medium afferre possim: interim, quia hoc alterius loci est, hæc occurrunt, quæ an aliquid hic iuuent cogitandum alijs & diiudicandum propono. I. Quod de ead. diligentia in alienis rebus præstanda vulgo traditur, intelligendum esse, considerata illa diligētia nō tantum in cōcreto, sed etiam, & fortasse magis in abstracto, id est, vt talis adhibeatur diligentia, qualis vulgo & regulariter à quouis rebus suis adhiberi solet. Ideoq; si ponas hominem natura sua negligentem & socordem, rem V. C. vendidisse, eum si eod. modo rem venditam, quo res proprias, tractet, & negligat, excusatū esse negabo. Quod secus est in deposito, vbi simpliciter excusatus est qui æqualiter res depositas & proprias negligit, vt hic diligentia consideretur omnino in cōcreto: idq; est quod in iure nostro traditur, imputandum esse ei, qui negligenti amico rem custodiendam commisit. Iuuat hanc coniecturam *d. l. 32.* vbi diligētia & cura ad suum modū, quæ scilicet simpliciter in deposito sufficit, opponitur diligentiæ ad eum modum, quē natura hominum, vid. consueta & vulgaris desiderat.

Secundo, quod diligentia significet aliquid positiuum: eoq; cum dicitur, eādem requiri diligentiam in rebus alienis, non propterea eum in leui tantū culpa esse, qui minus curat res suas quam alienas sed etiam aliquando, qui pariter negligit res suas & alienas: etenim rei suæ, etiā vsq; ad abusū, quiuis moderator & arbiter est, res autem alienæ non negligendæ, sed curādæ, & custodiendæ sunt. Tertio, interesse videtur, an quis simul tractet sua & aliena, an seorsim & separa-

separatim: & nimirum nō ead. homines semper vtuntur diligentia. Qui aliquando non adeo diligenter res alienas curat, cum frequenter eod. modo tractet res suas, leuem culpam committere recte dicetur, cum saltem diuersi temporis respectu minus curat res alienas quam suas: atquin qui eod. tempore dum res suas bene curat negligit res alienas, vix est vt a fraude vel lata culpa possit excusari, iuxta *l.32. depositi.* Atque hæc quasi ἐν παρέργῳ. De gradibus siue speciebus culpæ siue diligentiæ, earumque descriptionibus infr. Treutl. loco commodiori tractabitur.

LIT. E.

Regula hic proposita, quod qui deserta negotia gerit, de dolo & lata culpa tantum teneatur, recipiendi non videtur: vel quia qualitas negotiorum, non variat speciem negor. gestoris, neque facit, quominus quis dicatur aliena negotia sine mandato suscepisse: vel quia non vno modo negotia possunt dici deserta: quia regulariter negotia quæ quis sine vllo mandato vllaque necessitate vrgente suscipit, & quæ vtrique ab alio non administrantur, quodammodo deserta esse videntur: quo pertinet, quod ipse Treut. ait lit. D. interesse humanæ societatis, vt absentium negotia curentur, quod quidem non nisi ad neglecta ab alijs pertinere potest. Et cum supra probatum sit gestorem leuissimam præstare culpam, satis fuerit, si hoc remissio, oblatam & leuem culpam eum teneri statuamus. Potest autem Tr. sententia eo casu admitti, vbi ita deserta sunt negotia, vt nisi eorum cura suscipiatur, cum damno & detrimento domini videantur peritura: quod probatur *arg. l.3. § 9 h.t.* reliqui omnes textus, quorū multos adducit Tr. ne quidem per obliquum vllo modo hoc probant, sed hoc, quod lata culpa dolo comparetur.

LIT. F.

Potest pactum fieri de casu fortuito.] Intelligit hoc de negot. gestoribus necessarijs, vel de eo casu vbi post neg. gesta dominus cum gestore tractans, de casibus fortuitis, in præteritum vel circa ea, quæ forte adhuc penes gestorē extant præstandis paciscitur: de cuiusmodi casu agitur etiam *in l.10. in pr. h. t.* ibi, *nisi specialiter id actum est*: quam clausulam male Ant. Fab ibid. ait esse Triboniani ex hac ratione: quod cum negotia absentium & ignorantium gerantur, non nisi inepte fingi possit specialis conuentio. Verum enim vero non agitur ibi de illis, quæ in susceptione aut ipsa gestione negotiorum acciderūt, sed quæ post gestionem: cum reuerso V. C. domino & de gestione certiori facto, de ratihabitione disputatur. Plane si dominus cum gestore de gerendo in futurum & casibus fortuitis paciscatur, quoad sequentia quæ geruntur, iam non quasi contractus, sed verus mandati cōtractus ob consensum domini interuenientem, ex ratione iuris habendus erit.

THESIS VI.

LIT. A.

Et si inutiliter gesserit.] Probatur hoc non ex allegata *l. 9. h. t.* de cuius explicatione mox agemus, sed *ex l.10. in pr. h. t.* quod pr. optime cohæret cum quæstione & tractatione *l. prac.* in qua probatur gestorem, si quid minus recte gesserit, approbatione & ratihabitione sequuta, eo nomine directa actione cōueniri nō posse. Ex quo dubitabatur, an ipsi gestori danda esset contraria. Ratio dubitādi erat, tum quod iniquū esset, dominum qui ex sua parte culpā remisisset, eo nomine conueniri ob sumptus, quos gestor faciendo commiserat culpam: tum ex natura relatorum, quod ex mutuis actionibus vna extincta, altera quoq; perempta videri debeat. Verū ratio decidendi in contrarium eadem est, quæ *in l. 50. de pact.* Nimirum ab initio quidem æquū est vno liberato, alterum quoq; liberari. Cæterum contractu perfecto & impleto, nihil vetat, vnum remittere ius suum, vt alteri tamen actio remaneat salua: quæ sc. sentētia est *Vlpiani in pr. d. l.* [illegible] *vltro competere, &c.* id est, vtcunq; domin⁹ ob ratihabitionē suam directa agere nō possit, saluam tamen esse gestori contrariam: & verbo illo, *vltro* cōtespexisse videtur Vlp. quod vulgo dicitur, vltro citroq; actio competere. Ex quib⁹ apparet egregie lapsum esse *A. Fab. qui pr. d. l. 10.* refert & cōtinuat cum *l 8 §. vlt h t* cum eo videlicet casu, quo quis socij vnius altero prohibēte gessit negotiū, & hoc quæri tradit: An vbi directa nō agitur, locus sit tamen cōtrariæ actioni? Quæ quæstio, tum per se non magnam dubitādi rationem, tum plane nullā habet, si *ad d. §. vlt. l. 8.* accommodetur: cum ibi dicatur Negotiorū gestorem habere actionem contra eum, qui nō prohibuit: quæ vtiq; non potest alia esse quam contraria. Et nullius momenti est ratio dubitādi, qua vtitur Faber, illa vero valde suauis, quod hæc quoque lex sit *ex lib. 10. Vlpian. ad edict* quasi ille toto eo libro tantum vnam hanc eamque satis ieiunam tractauerit quæstionem. Quin & ita vix à stultitia excusantur compilatores, qui tractationem illam *l. 8. §. vlt.* interie-

cta importune plane *l. 9.* interruperint. Porro, vt & hoc addamus, inutiliter res geri dupliciter dicitur: vno modo absolute, respectu cuiusvis domini, cum quis videlicet male negotia gerit, vt in casu *l. 9. h. t.* altero modo respectu huius vel illius domini: quæ species proponitur *in l.* 10. §. 1. *vers. sed vt Celsus h. tit.* vbi quis insulam fulsit, quam dominus sibi necessariam non putauit, vel tanquam impar sumptui dereliquit: nam & hoc casu contraria negotiorum gest. actio non datur: eamque exceptionem tradiderat Proculus ad regulam Labeonis *in d. l.* 10. §. 1 quod sufficiat vtiliter negotium gestum esse, licet res effectum nō habuerit. Sed eam Proculi exceptionem ex sententia Vlpiani Celsus eleganter deridet, quod nempe non possit hoc casu negotium dici vtiliter gestum. Et fortassis tamen reprehensio ista Proculi, si dicere licet, cauillatio est, quod Proculus vtilitatem non ex accidenti, & ex conditione pauperis domini, sed ex ipsa rei veritate æstimauit: nimirum qui insulam fulcit, facit rē meliorem eamque conseruat, licet, vt dictum, ex accidēti domino hoc non expediat.

In quæ omnia sunt Pomponii &c.] Proponitur hic explicatio *l. 9 h. tit.* in qua sequitur Ant. Fabrum contra Dd. & *Gl.* qui statim post *prin. in vers. videndum ergo.* Pomponium reprehendi existimant. Mihi parum interest, vtram sententiam sequaris, quin explicationem vulgatā magis probabilem esse videtur: quoniam *in d. vers. videndum,* mutatio modi loquendi, & seqq. non amplius Pomponij verba proponi, sed ea in dubium vocari, non obscure ostendunt. Et cum reprehensio *in vers. Imo puto* tantum pertineat ad id, quod de ratihabitione initio L. propositum fuerat, nihil necessum fuisset, plura & integrū vers. ad rem istam nihil facientem ex Pomponio proponere. Et omnino existimo, quod ex Pomponio initio proponitur, *non teneri negotiorum gestorem* id est, vt Scæuola quidem explicet, actionem negot. gest. tolli, dupliciter à Scævola reprehendi. I. Quod inde sequeretur, nuda ratihabitione tolli negot. gest. actionem: siquidē Pomponius, quin actio nata esset, dubitare non videbatur. Scæuola autem admissa illa potestate ratihabitionis non dicendum putat, quod nata sit actio, sed quod sit in suspenso & pendenti, vsque dum cōstet, dominum quod gestum erat, approbaturum vel improbaturum. Ab hinc, vt occasionem haberet proponendæ alterius reprehensionis, *in vers. Sed superius,* proponit Pomponij declarationem ad regulam initio traditā, *si dolus abfuerit:* quod videlicet ratihabitione sequuta non censeatur remissus dolus, adeoque illa non obstante competere neg. gest. actionē: quod Scæuola *in vers. imo puto* ita reprehendit, vt licet dolus nō interueniat, nihilominus post ratihabitionem actionem negot. gest. superesse dicat. Qua in re ita procedit Scæuola vt primo notet Pomponium, quod non recte acceperit regulam, qua vulgo, post ratihabitionem neg. gestorem non teneri dicebatur: cuius non hic esset sensus, quod actio tollatur, sed quod semel probatum amplius improbari non possit, non magis ac id, quod reuera vtiliter gestum, vel intentata actione à iudice pro vtiliter gesto habitum & approbatum fuisset. Hæc Scæv. *in vers. sed eo dictum,* quem male Accurs. & alij notante hoc Castrens. Pomponij esse volunt II Vt sententiam Pomponij, qua post ratihabitionem neg. gestorem teneri negauerat, confutet ab absurdo, quod ita sequeretur, si negotiorum gestor quid exegerit à meo debitore, & ego hoc ratum habuerim, neg. gest. agere me non posse. Sed videamus, ne non satis bona fide cum Pomponio egerit Scæuola quod iam olim obseruauit *Castren. in hac l.* 9. vbi dicit argui quidem posse contra Pomponium, sed esse quandam superstitionem Et quod ad reprehensionem priorem attinet *in vers. videndum,* qui dicit, negot. gestorem non teneri, non protinus actionem tolli affirmat, sed effectum rei respicit, quod dominus post approbatum negotium, gestorem prætextu rei malæ gestæ exigere & iudicatum facere nequeat. Altera reprehensio paulo insubtilior videtur: nam quod ad explicationem regulæ attinet *in vers. sed eo dictum,* consequens prioribus est, nec à Pomponio eam aliter acceptam: quod affirmare liceret audentius, si integra nobis scripta superessent. In argumento ad absurdum si fas dicere, sententiam Pomponij calumniatus videri possit Scæuola: vel quia Pomponius nunquam existimauit, vnius capitis approbatione actionem neg. gest. quæ generalis est, tolli: vel quia verba, *negotiorum gestorem non teneri* procul dubio ita intellexit, quod gestor nomine negotij male gesti rationem reddere non teneatur: cæterum quominus si quid ex rebus aut pecunijs domini penes neg. gestorem esset, à domino repeti possit, nec dubitasse quidem Pomponium verisimile est, neque ille consultus desuper aliter respondisset, vt verissime notauit *Castrens. hic nu.* 3. quo modo venditorem, conductorem, socium, si nihil dolo aut culpa fecerint.

fecerint, teneri negamus, qui tamen ad restituendas res quæ penes ipsos sunt, dubio procul obligantur. Et tanto iniquior in Pomponiũ videtur fuisse Scæuola, quod illius sententiæ, hoc quoque fore consequens scribit, vt nec ipsi negot gestori, si quid impenderit, actio competere liceat: cum tamen perspicue satis propositio Pomponij pertineat ad actionem directam, qua etiam cessante, contraria agi posse paulo ante probatum est. Hæc vera videtur explicatio *d. l. 9. h. tit.* quam difficilem aut obscuram fatentur Dd. fatetur etiam *Ant. Faber. 4. coniect. 11.* vbi tamen eum locum recte à se primum explicatum & perspicuum redditum falso gloriatur.

LIT. B.

Siue ab initio.) Propositioni huic actionẽ hanc competere, siue ab initio alicuius fuerint negotia, siue ex post facto eius effecta sint, non satis recte applicatur hæc quæstio, an ratihabitio pariat actionem neg. gest. neque enim tantum per ratihabitionem negotia mea effici dicuntur: sicut & non recte dicitur, quod ratihabitio pariat negotiorum gestorem: quia imo ille oritur ex ipsa gestione, vt recte contra opinionem Gl. licet in casu non omnino simili disputant & probant *Dd. Salic. Bl. Br. Castr in f. l. C. h. t. vbi Cyn.* effectum huius quæstionis ostendit, ratione sortiendi fori, quod si ex ratihabitione oriretur actio, in loco vbi ex interposita, esset quis conueniendus.

Ipsa vero quæstio, (quæ ita formanda est) an ratihabitione superueniente nascatur actio mãdati, an sit negotiorum gestorum actio expeditu non vsque adeo facilis est. Et Treur. quidem distinguit: an negotium non meum, an vero negotium meum mea contemplatione fuerit gestum: vt hic quidem post ratihabitionem, mandati illic negot. gest. actio sit. Verum vtrique membro est quod opponatur: posteriori quidẽ, quod passim sub *h. t.* etiam post ratihabitionem proponitur actio neg. gest. & tamen regulariter negotia mea, contemplatione mea geri intelligantur: tex. in terminis *in l. 9 C. h. tit. 9. inf. D. eod.* Priori autem, quod si ex sententia Tr. ratihabitio inducit & operatur mandatum, vbi negotia mea gesta sunt, poterit etiam inducere, vbi negotia aliena mea contemplatione gesta sunt mandati teneat, quam quod ratihabitio mandatum inducit. Etsi igitur initio aliena gratia mandando, mandati obligor, etiam postea quod aliena gratia meo nomine gestum est, ratũ habendo obligari mandati potero. Accursus varias solutiones proponit, quarum duæ improbabiles: tertia æquiparari ait quoad effectum non quoad speciem actionis: cui obstat *l. semper eod. reg. iur.* Quarta distinguit an ratihabitio fiat à præsente an absente, vel vt rectius *Bl in l. 9. C. h. tit.* an ratihabitio concurrat quodammodo cum ipso actu, an secus: vt illo demum casu actio sit mandati, quippe quod hic voluntate domini negotium gestum, dici potest: nam vt recte *Bl in dict. l. 9.* quando voluntas domini est causa gestionis, nascitur actio mandati, quando vero gestio est causa voluntatis oritur actio neg. gest. Facit. quod alias vbi negotium absentis & ignorantis ceptum & perfectum est, ratihabitio sequuta, actionem neg. gest. iam natam, transmutare non potest, & co etiam pertinere videtur quod negotiorũ gestor nomine malæ administrationis non teneatur; maxime si ex sententia Tr. hanc differentiam inter mandatarium & negotiorum gestorẽ admittas, quod ille etiam de leuissima: hic tãtum de leui culpa teneatur; quod absurdum sit dominum ratihabitione sua efficere posse, vt præstatio neg. gestoris augeatur; eoque videri possit, ratihabitionem efficere, vt ipse quidem dominus contraria, non autem propterea neg. gestor directa mãdati teneatur, vbi etiam animus & opinio gerentis in considerationem venire possit, vt si hic tanquam sciens, vel opinione cuiusdam mandati negotia gessit, facilius ratihabitio mandatum operari possit. Vide etiam distinguentem hic *Salicet. in l. 9 C. h. t.* Cæterum, quod non videtur obseruasse Treut distinguendum etiam inter negotium alienum, & negotium non meum, quod posterius latius patet, vt in casu *l. 6. §. 9 h. t.* (si quis falsum debitorem tãquam meum debitorem exigat) & quod eod. pertinet inter negotium mea contemplatione gestum quia putabatur esse meum, qui casus est *in d. l. 6. §. 11.* & inter negotium vere alienum & pro alieno contemplatione tamen mea gestum vt in casu *d. l. 6 §. 6.* qui §. ad Tr. sententiam nihil facit, quia quod ibi ratihabitione nihil agi dicitur, eo haud dubie pertinet, vt ne quidem actio neg. gest. nasci intelligatur. Vide hac de re, an possim ratum habere non meo nomine gestum, *Bart. & alios Dd. in l. mater tua. 3. C. de rei vind.*

LIT. C.

Quid si in re communi) Ad explicationem huius quæstionis, an communi negotio gesto, qui non prohibuit, actione neg. gest. teneatur, ma-

le adducit Pacium, qui citato loco nihil, quod ad veram eius rei explicationem faciat, proponit, sed tantum contra illud, quod *in l. 9. §. ult. h. t* dicitur, iniquum esse, vt vnius facto alius liberetur, non magni momenti obiectionem remouet. Nimirum *in d. §. vlt* Iulianus in vtramque partem disputat siquidem actio detur, iam per cōsequentiam etiam teneri qui prohibuit, quia socius eius quod præstat, actione pro socio vel communi diuidundo, partem imputat socio: si vero non detur, hoc absurdum & iniquū sequi, vt facto socij cum iniuria gestoris liberetur socius qui non prohibuit, quique adeo alias ex ratione iuris recte conuenitur. Et secundum hoc respondet Iulianus, superesse contra eum actionem, ita tamen vt qui prohibuit, ex nulla parte, neque per socium, neque per ipsum scilicet gestorem, aliquid sentiat damni. Sed illud hic desideratur, quod nō remouet Iulianus prius illud incommodum, neque explicat, quomodo citra præiudicium socij qui prohibuit, socius qui non prohibuit, conueniatur. Bene hic subuenit Accurs. & explicatius *Castrē in d. l. 8. §. vlt. h. t.* quod neg. gestori contra eum qui non prohibuit, detur actio non in solidum, sed tantum pro parte, vt ita prohibitio quasi solutionis instar obtineat. Atque hoc modo contra prohibentem nec gestori dabitur actio, nec socio, quippe quod, cum partem tantum præstiterit, socio quod imputat non habet.

THESIS VII.

LIT. B.

Qui negotium facit in iudicio.] Aut angustior est hæc definitio, aut verba, *in iudicio*, laborant homonymia, præsertim quoad pœnam istam calumniæ, quā actione in factū persequimur. Etenim præterquā, quod actio illa non tantū cōtra eū, qui post iudicium demū calumniatus est, datur, sed qui calumniose ab initio actionē mouit: etiā ille ead. actione tenetur, qui, ne calumniam negotiū facesseret, pecuniam accepit, atque ita nunquā ad iudicē venit *l. 7. in pr. h. t.* In eo quoq; mancus hic est Tr. quod tantum meminit iudicij ciuilis & publici criminalis, omissis iudicijs criminalibus priuatis extraordinarijs, in quibus sane commissam calumniam impunitam esse non oportet.

LIT. C.

Vt vi bonorum raptorum.] Comparatio quidem in eo tantum, verbis proponitur, quod vtraque intra annum in quadruplum, post annum in simplum datur. Verum consequi videtur hanc comparationem, alia, quod vtraque non sit pura pœnalis, sed mixta, in qua insit rei persecutio: Quæ communis sententia est, probata etiam *Hotto. illust. q. 29.* per textum expressum *in l. 5. §. 1. de calumniat.* vbi sc. quod dicitur, alterutram actionem sufficere, ita communiter explicatur, vt si prius actum sit rei persecutoria, tantum supersit actio pœnalis in triplum: necessario autem inde efficitur, in actionem quadrupli consumi condictionem. Verum *Ant. Fab. in d. l. 5.* actionem istam in factum pure pœnalem esse contendit: tum per §. *quadrupli 25. Inst. de action.* vbi actio furti cum hac actione coniungitur, & vtraque quadrupli esse dicitur: tum præcipue *per l. 7. inf. pr. & §. 1. inf. h. t.* vbi & condictio & actio in quadruplum datur: eaque de causa *Ant. Fab. d. l. 5. §. 1.* Tribon. corruptam esse contendit: Verū præterquā quod hæc remedia nimis sunt violenta, minus etiā probabile est, Tribonianū adeo socordem & sui immemorem fuisse, vt quod *in l. 5.* negauerat mox vna tantum interiecta lege affirmari pateretur. Et sane pro sententia communi argumentū hoc suppeditare videtur Accurs. quod prætor post annum dat actionem in simplum, id est ad rei persecutionem: simplum autem ratione quadrupli dicitur, adeoque simplum illud quod persequimur post annum, quadruplo quod intra annum persequimur, inesse videatur. Idque firmatur, exemplo aliarum actionum quæ in quadruplum introductæ dicūtur, ita vt post annum sint in simplum: quæ scilicet pœnales sunt non puræ sed mixtæ, veluti actio quod metus causa *d. §. 25. I. de act. l. 14. in pr. & §. 9 quod metus causa* actio vi bonorum raptorum *Inst. in pr. de vi bo.* Neque obstat *d. §. 25. I. de action* quia ille non ad diuisionem actionum in puras & mixtas, sed quod aliæ in simplū vel duplū &c. sint pertinet, eoq; etiā tantū comparatio actionis in factum & actionis furti referēda est: facit quod *in eod §* proponitur etiam actio quod metus causa, quam mixtam pœnalem esse constat. *Ad l. 7. h. t.* prima responsio Accursij diuinat: altera rectior est, quod speciale sit in duabus personis, velut in casu, vbi quis pecuniā dedit, ne alteri negotium fieret per calumniam: hic enim neque ei qui dedit condictio, neque ei qui calumniam pari debuit, actio in factum, denegari potest adeoque hæc erit exceptio *ad d. l. 5. §. 1.* & hic condictio cum actione pœnali ita concurret, vt vna alteram non consumat. Tentari etiam possit, quod *in d. l. 7. de calumniat*, dicitur, *post conductione in quadruplum agi* non tam ad exactio-

exactionem quadrupli pertinere, quam nomen actionis designari, quæ sc. in quadruplum a prętore introducta est: sicuti vbi ab vna eademque persona simplum exactum est, actio in factũ quę in quadruplum concepta est, rectè superesse dicitur, ita tamen vt reus tantum in triplum sit condemnandus Atque ita quidem inter se conueniunt, hæc actio in factum *& vi bon. rapt.* differunt autẽ quod hęc etiã datur hæredibus *l. 2. §. vlt' vi bon rapt.* illa vero hæredibus nõ datur: quod sufficere prætor existimauit, hæredibus conditionẽ simpli *l. 4. h. t.* & vt Accurs. notat, videtur esse quodammodo similis actioni iniuriarum & tendere ad vindictam *fac. l. 5. ne quis eũ qui in ius vocatus &c.* Bonus hic Ant. Fab. dormitauit, & contra regulas juris manifestas *in d l. 4.* hanc rationem decidendi tradit, quod actiones pœnales nec hæredibus nec in hæredes dētur: quorum posterius verum *l. 1. in prin. d. priv. delict.* prius manifesto falsum est.

Rei restitutoria.] Potest appellari, quatenus continet rei persecutionem, cæteroquin actiones pœnales non temere ita appellari solent: facilius ita appellaueris actionẽ quod metus causa, quæ non simpliciter & omnimodo, sed sub conditione, si res non restituatur in quadruplum est concepta.

LIT. D.

Quandoque extra ordinem.] Ad hoc probandũ adducit *l. pen h. t.* in qua hoc scrupulo non caret, quod ei qui super actione in factum cognoscit, facultas datur, propter calumniam insigniorẽ, pro modo delicti reo pœnam irrogandi: quia hoc potestatem eius excedere videtur. Nisi quis forte hoc ad mulctam referat, vel prætorem homines fortasse viles grauius etiam coercendi potestatem existimet habuisse. Porro Ant. Fab. alijs rationibus *d l. pen* à Triboniano corruptam censet. I. quod hic mentio fiat formæ edicti. At neque restitutione eius, quod extortum est, neque grauioris pœnæ irrogatione, quidquam fieri iuxta formam edicti, quippe quod quadrupli pœnam imponat. II. Quod verba IUBEAT.]RROGET. non sint ICti, sed Imperatoris III. Edictum loqui de eo qui pecuniam accepit. NE vel VT negotium facesseret: hanc autem L. agere de eo qui iam negocium facessit. Verum non deest, quod ad hæc respondeatur. Ad primum hanc actionem esse pœnalem mistam, in quam etiam veniat simplum, quin & actionem in simplum ex edicto esse fortassis etiã aliquando intra annum, si calumniam grauiori pœna dignam censeat prætor. Quę pœna num quidem ex edicto (neque vero hoc in isto textu affirmat ICtus) aut secundum edictum, sed extra ordinẽ & arbitrio irrogatur: quippe cũ ipse Ant. Faber notat, & docet etiam *l. vlt h. t.* hic titulus sit generalis, etiam ad alias quã quæ edicto veniunt, pœnas pertinens Ad secundum nihil impedire, quo minus eiusmodi verba etiam à ICto vsurpentur, cum præsertim hæc lex sit ex libris opinionum, vbi forte sentẽtias quasdam proposuit Vlpianus. Tertia ratio falsa est, cum appareat *ex l. 1. § 1. h t.* etiã illum in edictũ incidere, qui pecuniam accepit, post iudicium acceptum: quo pertinet, quod etiam qui semel fecit, & qui incepit facere potest accipere pecuniam, ne porro faciat: & qui ab initio bona fide accessit, postea animum calumniandi inducere potest.

Ex qua Cuiacius Paulum emendat.] Parum interesse videtur, vtromodo legatur. Qui videri possit illud mutasse Tribonianus, respiciens eo, quod illo tempore, vt ipse Tr. *lit. G.* omnia criminalia iudicia extraordinaria erãt *l. 8. d pub. iud* Facit quod cũ *in l 3. ad Turpil.* procul dubio pro criminali iudicio agatur, persecutio criminalis delictorum quæ extra ordinaria non sunt veluti furti, bonorum raptorum, instituitur extra ordinem *l fin. dict priuat delict l. fin d. furt.* Hic autem speciali accusatione opus non fuisse videtur, sed ab ipso qui de crimine cognoscebat, punitam calumniam.

LIT. E.

Ex l. Remmia litera in fronte.] Hanc pœnã vnicam ex lege Remmia fuisse, non puto *arg. l. 1. §. & seq ad Turpil.* quod nihil prohibeat cum ea aliam concurrere pœnam, fortassis etiam aliquando talionis: quod cum ipse Treut hunc effectum inscriptioni tribuat, tempore Martiani ICti, apud quem *in d. l. 1.* legis Remmiæ mentio, inscriptiones frequentatas fuisse, dubium non est.

Actio in factum extra ordinem.] Non satis capio cur dicat extra ordinem, quia imo ordinarium fuit, vt qui pecuniam accepisset, etiam vt per calumniam criminalem accusationem haberet, eo nomine in quadruplum teneretur *l. 1. §. 1. d. calumn.*

LIT. D.

Ait, calumniatorem teneri ad talionem, sed hodie arbitrarie puniri, adducta *l. 1 de his qui not. infam.* Quasi vero ibi sit ius nouum, eoque non amplius obtinuerit pœna talionis: & vtique leges Codicis hac lit. citatæ edicto prætoris sunt

recen-

recentiores. Et cum verbum *hodie*, denotet mutationem iuris, & constitutiones principum pœnam talionis proponunt, fieret ita, vt constitutionibus edicto prætoris derogatū esse fateri oporteret. Atquin potius edictum prætoris correctum fuit per constitutiones, siquidem hic aliqua mutatio statuenda esset: siquidem pœna talionis & infamiæ procul dubio iure nostro cōcurrunt, pœna autem arbitraria moribus potius introducta videtur: quamuis non dubitem, iure quoque ciuili, ex causa, pœnæ arbitrariæ, non autem semper talioni locum fuisse.

LIT. H.

Quomodo hodie.] Quæstio hæc ab hoc loco aliena, reijcitur ad *part. 2. in disput. 31.* de qua etiam videmus *Scip. Gent. lib. 3. de iurisdict. cap. 31. & seqq.*

DISPVTATIO XI.

DE RESTITVTIONIBVS IN INTEGRVM.

Respondente

ANCHARIO SCHRODER Hadersleb. Holf.

THESIS I.

LIT. A.



Va extraordinarium.] Extraordinariorum remediorum variæ sunt species, de quibus *Zas. 1. resp. sing. 20.* Hoc remedium restitutionis non personæ aut negotio alicui speciatim, sed in vniuersum, ob læsionem patrimonij ratione & æquitate dictantibus, concessum, quodammodo ordinarium dici possit: eo respectu tamen extraordinarium, quod rescindit ea quæ mero & summo iure valent: quo sensu non absurde dicitur esse contra ius ciuile, *Duar cap. 1. h. t VValt. 1. misc. 10.* quidquid videatur *Zasio dicto loco num. 9.* cuius ratio, quod æquitati conueniat, & iuri communi sit incorporatū non concludit: quod obseruauit *Maurit. cap. 1.* vbi opiniones contrarias conciliat. Ex aduerso peccat *Gl. in l. 1. d. minor.* quæ hoc remedium contra naturalē æquitatem esse male affirmat: Etenim eidem æquitati quæ conuentiones vult seruari iniquas cōuentiones rescindi conuenit. Neq; obstat quod iniquum videatur rescindi contractum iure ciuili validum: quoniam aliquid per se consideratum iniquum, sed cū circumstantijs personæ, ætatis metus doli &c. merito æquū haberi potest. Plane quod prætorium hoc remedium est, (in quo videtur errare *Odd. q. 1. art. 11.* putans restitutionem ex generali clausula, esse ex iure ciuili) non ex eo protinus extraordinarium est: sicut nec omnia remedia iuris ciuilis sunt ordinaria *fac. l. 16. §. 2. de minor.* in qua specie cum restitutione concurrit condictio incerti generalis. De quo concursu alia quæstio est, quam nō male extricat *Zas d cap. 20 sing. resp* & placet illud Dd. axioma: quod cum ordinario remedio concurrat extraordinarium, quoties hoc plenius & expeditius est, ex quo recte infertur cōtra *Fr. de Cald. in comm analyt. in l. 3. C de restit. min. verb. infra legit. temp. n. 10.* minorem vltra dimidium vēdendo v. c. læsum posse vti restitutione in integrum: *cum Sfort. Odd. q. 17. art. 14.* quoniam intentato remedio *ex d. l. 2. C. de resc. vend.* electio est Emtoris, an pretiū supplere, an rē restituere velit: v. de hoc & omnino an per concursum alterius remedij excludatur restitutio *Sf. Odd p. 1. q. 17 per Maurit. c. 12. Cald d. loco verb. implorare in int. n. 5. & 11.*

LIT. B.

Proponit initio definitionem ex Paul. quod restitutio sit reintegrandæ rei vel causæ actio. Vbi tropus videtur esse, & restitutio à Paul. vsurpata, vel pro imploratione restitutionis, vel pro ipso remedio restitutorio: cum ex plerisque restitutionem causis & capitibus in actione ipsa restitutio consistat, veluti de alienatione iud. mut. de dolo, quod metus causa, & rescissoriæ, quæ maioribus dant. Qua de causa etiam cōtra Tr. defendi possit, in definitione illa actionem significare ius persequendi in iudicio: quia scilicet illæ quas diximus actiones, non secus vt aliæ à prætore petuntur, & conceduntur, *v. Cai. ad pr. tit. de in integ. rest.* Et ergo non recte Tr. in definitione Pauliana, *actionem*, explicat factum prætoris restituentis: quæ vsurpatio notissimo vsui iuris repugnat. Ne porro recte ibid. factum prætoris restituentis interpretatur legis actionem: quoniam vt probatum supra disput. 2. in vsu iuris actiones legis de volūtariæ iurisdictionis actibus prædicantur, rescissio autem actus iure ciuili validi, & actionis rescissoriæ concessio, actus sunt iurisdictionis contentiosæ. Quin lege agere, magis de priuatis, quam ipso magistratu in vsu iuris dici videtur *argu. l. 3. de off. proconf. l. 4. de adoption. & l. 1. Cod.* Male autem sentētiam suam probat ex *l. 105. de R. I.* quia vtique non omnes actus, in quibus interuenit prætor, & cau-

& causæ cognitione opus est. legis actiones sūt; Dd. vulgo non male definiunt restitutionem, repositionem in pristinum statum *Maurit.cap.1. Sfort Odd.p.1.quæst.1.art.4 Marant.de appell n.77.* vel ad ius pristinum reductionem *Rebuff d.restit. in pr* Illa vero non definitio, sed rudis descriptio est. quæ proponitur *à Franc.Cald.comment.in l.3. C.de resti mil or verbo, implorare in integrum.*

Actio igitur rescissoria] Hæc assertio ex præcedentibus non infertur. Sed quod ipsam rem attinet, affirmat Treut. actionem rescissoriam differre à restitutione, sicut consequens ab antecedente. Quod hactenus admitti potest, concessio restitutoriæ actionis ab ipsa actione diuersa est: quomodo in singulis actionibus ciuilibus duo iudicia considerat ipse Treut. *supr. disp. 4. th.1.lit.G.* quoniam quæ apud prætorem proponebantur & tractabantur formam quandam iudicij repræsentabant, Verum Dd. quos Treutl. sequitur, duplicem libellum, litis contestationem & sententiam requirunt, diuersa etiam tempora vtriusque iudicij, (de quo etiā infra,) statuunt *Sfort.Odd p.1.q.2 art 1.& seqq* eamque Dd. sententiam etiam refert *Gabr. Mud.in l. vltim, C.de temp. in integr restit.* Et scil. rescindens vocant ipsam restitutionem, siue restitutionis tractationem, rescissorium, actionem remoto obstaculo renatam & resuscitatam. *Marant.cap. 4. Sf.Odd. quæst. 33. artic.1.* vbi & alia Dd. circa hanc rem commenta a ratione vera iuris aliena proponit. Et illud de renascente actione pristina satis perspicue refutatur ex *§. sed iste §. Instit. d. action. in f.* vbi Iustin tradit hanc formulam actionis rescissoriæ, quod actor dicat reum non vsu cepisse, quod vsucepit: quæ formula actioni pristinæ renatæ non conuenit: & simul duplicitas iudiciorum refutatur: quod si enim iudicio rescindenti vsucapio iam remota esset, hac formula & intentione non foret opus. Equidem in actione doli, quod metus causa, de alienatione iud. mut. &c. simplicitas & vnitas iudicij euidentior est: Quod ad restitutionem maiorem attinet, & eam citra aliquod decretum prætoris, quod nulla pronuntietur v.c vsucapio, in ipsa concessione rescissoriæ actionis, existimo cōsistere, prætoremque adeo restituere dici, dum actionem hanc, quæ noua & datiua est, *(vt recte Zas.& Gomes in §.rursus.Inst de actio, contra Maurit.c 8 Salic.in l.5.C ex quibus caus maior num.8.)* concedit, & quidem sicut alias actiones temporales intra annum tantum, *per l.35.in fin.prin. de oblig l.5.C.ex quib.caus. maiores* (ex cuius verbis, *quæ in integrum restitutis datur.* male Mauric *c. 4.* duplicitatem eam iudiciorum adstruit, cum iis hoc ipsum, quod in concessione actionis ipsa restitutio consistat potius confirmetur) *l. 18 C. de post, lim.reuersis §.rursus Instit de act.*) vbi verba, *rescissa vsucapione* denotant effectum & naturam actionis, quod ea rem non esse vsucaptam, intendatur) quibus locis etiam probatur, quod hic annus actioni rescissoriæ præfinitus, statim à tempore impedimenti sublati currere incipiat, quod ipse agnoscit *Maurit.c.6* & rectissime statuunt citati, *à Sf Odd quæst 21.art.3.* qui currere non posset, si demum iudicio rescindenti sublato obstaculo actio ea nasceretur: quem nodum frustra tentant soluere Dd. per ineptam distinctionem actionis rescissoriæ in datiuam & natiuam, quam tradit *Sf.Odd.quæst 33.art.2.* & Salic. *in l 5 ex quib.caus.maior n.6.& 7.* vbi sibi ipsi nodos nectit, quos dicit excedere intellectū scholasticum. Cæterum minoribus varie succurritur, & quandoque actio contra eum, cum quo cōtractum est, aliquando etiam contra tertium datur *l.13 § 1.de minor. Ant. Fab. C. vbi & apud quem cognitio destin 1* aliquando etiam totū apud prætorem restitutionis negotium tractatur & expeditur *arg.l.24.§.4.de min* Et nec in his tamen casibus veram duplicitatem iudiciorum ostendere quis possit.

LIT. C.

Vel alio magistratu.] Addendum erat quod in fine has lit. subijcit, vel à magistratu delegato, quoniā hic magistratus non est. & quidē coram delegato vel in specie, vel ad vniuersitatē causarum, *l vlt. C.vbi & app quem.* nec tamen aliud fuit iure vereri, vt male putat *Odd q 32.art 6.*

Qui hoc imperium valet.] Videtur hoc adiecisse propter magistratus municipales, quibus ius in integrū restituendi nō est *l.26 ad municip.* neq; enim hoc mutatum à Iustin. *in l vlt. C. vbi & apud quem* vbi restituendi facultas datur propriū tribunal & iurisdictionem cum administratione habentibus: quo vtroque carent magistratus municipales: in quo vulgo errāt Dd. quos refert & sequitur *Sf Odd p.1.q.32.art. 4. Menoch.lib 1. præsumpt quæst 72 n.3.* Imperij autem vocem accipio generaliter pro potestate, si quidem restituere in integrum mixti imperij non esse, probatum est. *disp.3.*

Atq; ita de causa] Negat de causa restitutionis in arbitrum compromitti posse, ex hac ratione, quod compromisso non tribuatur iurisdictio. Atqui hinc effici videatur, restituere in

integrū esse iurisdictionis, quod ipse negauit supra *disp. 3.* Cæterū ratio nihil concludit, quia arbiter nō dicit sententiā vi iurisdictionis, quæ cōuentionibus priuatorum prorogari quidem, sed dari nō potest: Baptista a S. Blas. *de arbitr. & compromiss. pag. 2 92. n. 33. Lanf. de Oria pag. 8. nu. 9. eod.* & alias super nulla causa in arbitrum compromitti posse efficeretur. Igitur rectior videtur ratio, vel quod arbitrorum non sit, contractum jure ciuili validum, rescindere, vel quod actiones ex causis restitutionum, vt ita loquar, magis sint datiuæ quā natiuæ, vel etiam, quod ex sententia arbitri restitutionis plenarius effectus consequi non possit, & cum restitutiones causa cognita concedantur, cognitio illa causæ excedere potestatem arbitri videtur. Plane Iust. *in d. l. vlt.* loquitur nominatim de restitutione maiorum & minorū: vt fortasse super ijs causis, quæ quasi actionis ordinariæ jure expediuntur, aliud tentari posse videatur.

Ne quidē si incidenter.] Minus congrue ad præcedentia proponi videtur. Sensus hic est, quod arbiter super causa restitutionis, etiamsi incidenter coram eo proponatur, cognoscere possit. Dupliciter autem hoc intelligi potest. 1. si causa restitutionis, vt ita loquar, de præterito, coram arbitro incidenter opponatur, veluti si compromittatur ex causa conuentionis cum minore initæ, & postea obijciatur læsio quod exemplum proponit *Sf. Odd. p. 1. quæst. 32. art. 8. 2.* Si in ipsa causa coram arbitrio tractata læsio de nouo emergat: veluti si minor prætendat se omisisse probationes. Quo posteriori casu restituere posse arbitrum, *post Axonem & Odofr.* statuunt *Cynus, Salic. & Castren. in l. vltim. C. vbi & apud quem* quod recte ita declarat *Sf. dict. art. 8* vt non possit recta restituere, sed nouum terminū ad probandum cōcedere. Quin & in priori specie arbitrum cognoscere posse existimauerim: quod alias ipse super causa principali recte pronuntiare non posset. Et cognitio ista non videtur præiudicare quæstioni principali de restitutione, super *qua non pronuntiatur,* ad instar iudicis, cuius cognitioni incidit causa status, *l. 1. C. de iudic. l. 1. inf. C. de ord. iudicior.* quo argum. hæc sententia recte defendi potest, cum nec iudex pedaneus iurisdictionem habeat, & alias perinde sit, nullam, & in casu exempto limitatam habere iurisdictionem, in quo lapsus est *Mauritius cap. 38.* fac. quod arbitria ad instar iudiciorum redacta sunt *l. 1. de recept. arbitr.* Et hanc communem omnium sententiam esse, attestatur *Sf. Odd. d. art. 8. q. 32.* Qua retenta, respondendum erit *ad l. vlt. in f. C. vbi & apud quem.* vel quod argumentum a contrario sensu non semper procedat, vel quod de eo casu loquatur Iustin. quo de causa restitutionis non tantum cognoscendum, sed etiam pronuntiādum est. neque ille ibi simpliciter incidentem, sed alijs causis annexam & cohærentem quæstionem restitutionis intelligere videtur: quo modo illum locum etiam accepit Gloss. quæ interpretatur causam motā per modum reconuentionis. Porro an super incidēti sit pronuntiandum, & de varijs speciebus incidentis *vide late Cyn. in l. 1. C. d. ordin. iud. nu. 8 & Salicet. ibid. n. 8 & seqq. & in l. pen. eod. Fachin. 1. cōtrouers. 43 & disput. seq. th. 13. lit. C.* Illud etiam hic quærunt DD. an arbiter saltem super hoc, an v. c. minor restituendus sit, pronuntiare possit. Quod affirmat *Bart. in d. l. fin.* quē sequitur *Maurit. c. 38. inf.* & magis videtur probare *Odd. quæst. 32. art. 7.* eodemque inclinat *Gloss. in d. l. fin.* Sed magis placet sententia *Baldi in sæpe d. l. fin. post Odofred. & Cyn. ibid.* vel quia vt Cyn. ait prohibito aliquo omnia quoque prohibita censentur, per quæ ad illud peruenitur: vel quia aut pronuntiabit contra minorem arbiter, & procul dubio restituetur minor: aut pro minore, & procul dubio hanc sententiam arbitri non subsequetur prætor, nisi prius causa cognita minorem læsum facilitate sua, &c. deprehenderit, eoque deprehenso ipse decretum interponet: itaq; res semper ad pristinum statū reuertetur.

LIT. D.

Agit hic de loco, in quo restitutionis causa agitanda est. Ait autem agitari eam in foro Rei si in personam sed in loco rei sitæ, si in rem agatur. Vbi primo vitiosa oppositio est, fori Rei, & loci rei sitæ: quia etiam locum rei sitæ forum Rei esse oportet, siquidem in eo recte conuenitur, cum præsertim ex veriori sententia quā ipse Tr. *supra disp. 3 th. 8* sequitur, etiam actio in rem in loco domicilij, & ita in foro Rei maxime proprio institui possit. Porro cū ex sententia Treut. duo hic sint judicia vtique rescindens, in quo casu cognita an restitutio concedenda sit, tractatur, in foro eius contra quem petitur restitutio, necessario proponendum erit. Cæterum ex ratione juris inter causas restitutionis distingui oporteat: quod scil. vel ordinario jure a prætore conceditur actio, vel officium judicis implorandum est. Illo casu pro conditione actionis quæ vel est in rem, vt rescissoria fere ex capite de maioribus, vel in personam siue pure vt actio doli,

doli, siue in rem scripta, vt actio quod metus causa, ita etiam in hoc vel illo loco & foro instituenda est Hoc vero casu, v.c. ex capite de minoribus, quia multa interuenire possunt, vt restitutio non concedatur, ideo contra ipsum, cũ quo contractum est restitutio est imploranda: licet aliquando causa cognita eius effectus etiã contra tertium porrigatur. Secundum quę communis Dd. sententia, rectè explicata, vera est, quod regulariter in foro Rei restitutionis causa sit agenda *Maurit. cap. 16. Odd. p. 1. quæ. 32. art. 13. Covarr. 1 resol. 4. VVes. in parat. C. vbi & apud quẽ.* quib. male discedit Treut. Plane vbi restitutio contra sententiam petitur, coram iudice qui eam tulit, vel eius superiore id faciendum esse ex Dd tradit idem *Odd. d loc. & quæst. 69. art. 7. v. Gilhausen Arborem iudiciariam de restit. in integr. num. 27.*

Id singulare quod solus princeps]Hoc quidem alieno loco proponitur: cæteroquin nihil hic videtur singulare, sed regulare potius vt aduersus sententiam paris vel superioris restitutionem concedere nemo possit: procurator autem Cæsaris non agnoscit alium superiorem nisi principem, *v. Cui in l. 16 in f. de minor* & hic etiam hoc singulare, quod procurator Cæsaris non cognoscit inter priuatos vtrinque, sed inter hunc priuatum inde fiscum, vt vel tanto magis, quia res fiscum Cæsaris concernit, solus etiam Cæsar contra sententiam restituere debeat.

L T. E.

Semel data vel denegata iterum, &c.]Verum *iterum* ad vsum denegatæ restitutionis non satis accommodum est Res ipsa ita se habet: Denegata semel restitutio frustra amplius petitur; a sententia tamen, qua restitutio denegatur, appellari, ad appellandũ minor restitui potest. Fallit autẽ regula illa, si super diuerso capitulo petatur restitutio, vel ex noua causa: siue de nouo causa illa emerserit, siue antea extiterit: & hoc rursus siue non allegata, siue allegata, quidem, sed non fuerit probata. Quod ad restitutionem semel concessam attinet, aut iterum petitur, contra id quod ante concessum fuit, de quo agitur infra *th. 10 lit. 10.* aut pro eodem obtinendo: & hoc rursus vel quia prior restitutio non sufficit, vel quia priori restitutione minor vsus non fuit quo posteriori casu contra *Sf. Odd. quæst 16. art. 8.* magis existimo cum communi restitutionem amplius non concedendam, neque duplicem negligentiam ferendam esse. Vide de tota hac re *Sf. Odd. q. 16. per totum. Anton. Fabrum C. si sæpius, in integr. restit. postul. definit. 2.*

Nec interest an restitutus.]Videtur hic Tr probare opinonem Sf. Odd. cuius iam mentio facta est, quod semel restitutus iterum restitui possit, etiamsi priori restitutione per negligentiam non fuerit vsus.

THESIS II.

LIT. B.

Nõ vero datur ob minimã rem. &c.]Videtur existimare Treut quod eo tantũ casu ob rẽ minimã restitutio non concedatur, quando ea tendit in præiudicium summæ maioris. Cæterũ verius est indistincte, propter rem minimam restitutionẽ nõ concedi. per notata *Maurit. c. 124. Ant. Gabr. de restit in integr. conclus 1. Odd. p. 1. q. 4. art. 13. & 12.* vbi recte ait aliquando requiri læsionem maiorem, quandoque sufficere minorem.

Non quia in introductis.] Nam obscure hic existimat Tr. in ordinarijs rem minimam non curari. Quod rationi convenire non videtur, siquidem nec in minima re cum damno meo alter lucrum sentire debet: & igitur ob minimam rem furti actio datur *§ gallinarum. Inst. d. acq. rer. dom.* & actio L. Aquiliæ, *arg. l. 22 in fin prin. d. damn. infect.* nec dubiũ est quin etiã rei minimæ commodatæ, depositæ vel pignoratæ sit repetitio. Nec quicquam pro Tr. facit *l. 54. de contrah. empt.* vbi agitur de rescindendo contractu bonæ fidei: & in *l 18. §. 2 commod. & l 12. de impens. dotal.* summa ratione impensæ modicæ cum vsu compensantur, cæterum si depositarium ponas hic vtique illas repetet. Quod ad restitutiones attinet, distinguendum fortasse, an ex officio iudicis nobili, an actionis & quasi ordinario iure concedantur & expediantur: neq; dubium est, quin actio quod metus causa etiam ad rem exiguam vi extortam concedatur. & actio doli, eo quod famosa est propter summam minimam non datur *l. 10. & 1.. de dol mal*

Liberis certe libertinisque.]Hoc quidem ab hoc loco alienũ est, & agitur de eo infra *th. 13 lit E.* Verba autem Treut. ita habent: Liberis certe libertinisque parentum patronorumque reuerẽtia omnem restitutionem adimit, quamdiu iuris communis remedium aliquod non famosum superest Ex quibus verbis effici videtur, omnẽ restitutionis causam esse famosam, quod tamen in actione doli tantum obtinet. Deinde hoc non speciale in parentibus & patronis, sed regulare est. vt remedium ordinarium juris ciuilis faciat cessare restitutionem *l 16. in pr. de minor.* Tandem ita loquitur, quasi deficiente

remedio non famoso detur cōtra parentes & patronos remedium famosum: quod verum nō est *l.2. de obseq. parent. & patron. & c. l. 15. §. 1. de dol. mal.* & eo casu aut nulla aut subsidiaria actio in factum locum habet *arg. d. l. 11. in fin.*

LIT. C.

Et per procuratorem.] Videlicet vt subijcitur, cum mandato speciali: Recte quoque se habet exceptio, *nisi petatur incidenter.* Neque obstat, quod ita veniat contra factū domini: quia cum citra talem petitionē causam principalē, ad quā datus est, exequi nequeat, hoc ipsum quoque simul, quod mandans ipse verosimiliter facturus fuisset, mādatum videtur. Ideoque fortassis fallet hoc eo casu, quo procurator generalis ad negotia cum cautione rati experitur. *Glo. in l. 65. ff. de procurat. Couarr. 1. resolut. c. 6. n. 4.*

Generale mandatum sufficiat] Superflua est hic vox, *generale*: quia sufficit mandatum ad causam singularem.

Siue autem per se.] Verba Treut. hæc sunt: siue autem per se, siue per procuratorē restitui quis petat, semper id fiet per implorationem officij judicis, vt vel ex mero officio restituat, vel det actionem quod metus causa, aut de dolo. In quibus verbis insufficiens est enumeratio, quod nulla fiat mentio actionis ex edicto de capite minutis, & de alienatione iudicij mutandi, &c. neque actionis rescissoriæ *ex cap. d. maior.* (quo vtique restitutiones mero officio iudicis nō expediuntur) quoniam vix est, vt exempli tantum gratia hæc proposuisse dici possit. Quin & minoribus non semper mero officio prætoris, sed aliquando cōcessa quoque actione succurritur *l 13. §. 1. de min.* Quin amplius actiones iam dictæ ad instar aliarum actionum competere & concedi videntur: vt in his nulla speciali imploratione opus esse videatur, aut in quauis actione alia eadem officij imploratio sit admittenda. Et *ex cap.* doli vel metus, non restitutio in specie imploratur, sed simpliciter actio petitur. qua de causa à Dd. sub materia restitutionum ista tractari non solent.

LIT. D.

Ait in thesi, quia successoribus etiam hoc beneficium detur, ideo reale censendum. Atquin hac ratione actiones ex quacunque obligatione fuerint reales: verum an remedium vel actio aliqua realis sit, non ex eo, cui, sed potius in quē detur, æstimandum est *arg. l. 25. de oblig. & actio.* Neque obstat, quod priuilegia personalia cum persona extingui dicuntur *l. 196. d. reg. iur.* quoniam restitutionis beneficium, non iure priuilegij, sed magis remedij juris communis censetur: Et recte *Sf. Odd. q. 50. art. 1. n. 8.* restitutionem non certæ personæ, neque tam ob habilitatem eius, quam ob conuersationem patrimonii cōcedi: neque restitutio ex mera gratia, sed ipsa quoque iustitia & æquitate dictante tribuitur, vt recte Bart. citatus ab *Odd. d. art. 1. add Gabr. Mud. ad rub. C. de fideiuss. min.* Cæterum in hac quæstione inter causas restitutionum distingui oportet: siquidem actio doli, & de alienatione iud. mut. &c. mere sunt personales, actio quod metus causa, origine personalis, sed in rē scripta, actio rescissoria ex capite de maioribus fere realis minores restitutionem implorant contra personam cum qua contraxerunt, sed aliquando actio contra tertium porrigitur *l. 13. §. 1. h. t. Accurs. in l. 9. ff. eod. v. etiam Sf. Odd. quæst. 31. art. 17. Fr. Cald. in com. ad l. 3. C. de rest. in integ. verb. implorare.*

Vnde aduersus quemcunq; possessorem.] Hæc vero manifesto vitiosa est illatio: siquidem aliud est reale dici respectu actoris, aliud respectu rei. Et cum Tr. hac ratione reale hoc remedium esse in th. concludat, quod transeat in hæredes, ex hoc, aduersus quemcunque possessorē illud dari, pessime infertur. Sed & hoc ipsum, quod restitutio cōtra quemcunque detur possessorē, iuxta paulo ante notata non generale, sed speciale est, tanto magis, si ex ipsius sententia inter iudicium rescindens & rescissorium distinguatur.

Atq; hinc etiam ad hæredes.] Hæc quidem otiosa repetitio est eius, quod iam in thesi propositum erat: neque recte cum eo quod de tertio possessore propositum erat, coniungitur.

Non item ad fideiussores.] Atquin si recte remedium reale dicitur, etiam his proficiet *arg. l. 7. de except.* Sed vtique male indistincte hoc negatur, & perpetuum hunc errorem erat Treut. vt specialia tanquam generalia proponat. Etenim exceptionē doli & metus etiā fideiussoribus competere, docet *d. l. 7. de excep.* Sed nimirum in causa minorum præcipue hæc quæstio controuertitur: vbi *Anton. Fab. 8. coniect. 1. 2. 3. & C. de fideiuss. Minor. definit. 1.* eo demum casu fideiussori beneficium restitutionis non prodesse concludit, vbi contemplatione juris prætorij, & ob metum restitutionis fideiussor acceptus fuit. Verum hic casus dubium non habet, quod obseruat etiam *Gab. Mud. ad l. 2. C. de fideiuss. min.* & in dubio fideiussoribus non succurri, neque remediū personale ipsis prodesse, probatur *ex l. 1. & 2. C. de fide-*

de fideiuss. minor. quibus locis docetur, etiam cõtra ipsos fideiussores, ne actione mandati experiri possint, restitui minores. Vtique æquius videtur vt in damno moretur fideiussor, quem, vt sibi rectius consultum esset, creditor accepisse præsumitur *arg. l 13. in pr. de min.* & restitutio non tollit obligationem, sed tantum eximit minorem, *Salicet ad l 2. C. de fideiuss. minor. nu. 3.* His consequenter, sicut æquum est creditorẽ in damno non morari, ita eadem suadet æquitas, fideiussori succurri, si creditori, ne in damno moretetur, aliter sit consultum. Quæ probabilis eademque communissima Dd. sententia est teste *Sf. Odd. q 45. art. 5. Maurit. c. 14. Gab. Mud. in l. 2. C. de fid. min.* quæ firmatur *ex l. minor. 51. in prin. de procurat.* vbi actori contra principalem reum actio salua manet: (licet speciale in iudicialibus esse, *ex Dd. notat Sf Odd d. q. 48. art. 6.* eo quod ibi fideiussor obligetur ex processu sui principalis *l. vltim. in fi. C. de vsur. rei iudicat.* (& ex *l. pupillus. 89. de acq. hered.* vbi creditoribus salua est actio contra debitores hereditarios: licet ibi quoque specialis ratio dari possit, quod cum fideiussor ibi pro pupillo tanquam herede intercesserit, pupillo abstento vel contra aditionem restituto, & ita effectu non amplius hærede, fideiussorem conueniri, fuerit iniquum. Quo videtur respexisse, Fulgosius qui referente & probante *Odd. d. qua. 48. art. 1.* regulam *l. 1. C. de fideiussor. minor.* ita putauit limitandam, nisi fideiussor interuenerit pro minore ratione bonorum: id est, non eo quod minor erat, sed quod non soluendo esse putabatur: quam sententiam latius confirmat *Gabr. Mud. in l. 2. C. de fideiuss. min.* quod eiusmodi casibus, (velut in specie *l. 89 C. de adq. her.* creditores in minorem incidant, & quod satisdatio ex conditione ipsius negotij, & quasi ex necessitate quadã, sicut a quouis maiore interponatur: quæ in effectu est sententia & distinctio Ant. Fab. Aliam limitationibus tradit *Odd. art. 4.* si minor non possit restitui contra fideiussorem: ne alias restitutio inutilis sit minori, quod fideiussor exactus contra ipsum haberet regressum: *v. etiam Fr. Cald in l. 3. C de restitut. min. verb. minoribus n. 46. Zanger. de Except. part. 3. cap. vltim. num. 59. & seqq. Hering de fideiuss. part. 5 c 27. n. 113.*

Secus in beneficio *l. 2.*] Atqui si bona ratio Treut. *in th.* quod heredibus competat, etiam remedium *l. 2.* reale dici possit. Sed nimirum Tr hæc confundit, & est de hoc alius tractandi locus *infr. p. 2. disp. 2. th. vlt.*

Hinc etiam est quod ad litis consortes.] An quia restitutio contra tertium possessorem, an quia heredibus datur? neutrum plane: adeoque cum duo illa præmittantur, male ita loquitur, tanquam hoc ex illis inferatur. Ratio autem pendet à rei indiuiduitate, quæ facit vt restitutioni non nisi in solidum locus esse posit *Salic. ad L. Vnic. C. si in cõmuni eademq; causa in integr. Ant. Fab. ibid. Coler. decis. 273.* adeoque nisi prodesset maiori, non prodesset minori: vt recte *ex Dd. docet Sf. Od. q. 46. art. 4.* vbi etiam art. 5 ex hoc in materia ista inuisibilitatem æstimandam & definiendam ostendit. Atque hæc in litis consortibus maioribus: cæterum si minores sint, his etiamsi res diuidua sit, restitutionem ab vno consorte petitam prodesse statuit *Odd d. qu. 46. artic. 2.* A quo dissentio: vel quia minor potest beneficio restitutionis non vti, vel potius, quia vt Baldus ibidem citatus speciali hic mandato opus est. Neque obstat exemplum appellationis *ex cap pen. de appellat* quia hoc remedium ordinarium est, ex præsumpta iniquitate sententiæ æqualiter etiam maioribus concessum: restitutio autem petitur ex errore & lapsu, qui in minoribus tantum, non in maioribus toleratur. Frustra etiam adducitur *l. vn C. si in commun. caus.* cuius hæc resolutio est. Soror transegerat de re communi fratribus inconsultis. Transactionem istam ratam habent fratres (alias enim nullo modo ipsis præiudicat *d. l vn. in prin.*) vel adhuc minores, & restitui in integrum possunt: vel iam maiores, & non possunt neque ex persona sororis quæ adhuc minorennis proponitur. Ratio dubitandi erat, quod cũ soror sola negotium commune gessisset, commune etiam restitutionis auxilium videbatur esse debere. Ratio decidendi in contrarium est, quod propter ratihabitionem sequutam perinde habetur, atque si ab ipsis fratribus negotiũ gestum fuisset Ergo verba hæc legis, *hic consensum post 25. annos*, &c. quæ viget Sf. non hoc probant, quod si minores sint, ipsis restitutio prosit, sed quod hoc casu non secus ac ipsa soror restitutionem implorare posint: de quo etiã tantum, non de petita restitutione *in d. l. vn* tractatur. Illud admiserim, restitutionem communi nomine petitam, à consortibus minoribus ratam haberi posse: cum alias etiam, sententia ipso iure nulla fauore minoris ætatis sustineatur.

LIT. E.

Quo postulatio impeditur executio.] Iniuriam hic

hic facere videtur Baldo, quem pro diff. citat, quoniam hic de nullitate agit, quod ea allegata non impediat executionem, idque ita regulariter obtinere docet *Vant. de nullitat. c. 6. quomodo & quibus modis, &c. n. 29. 31.* Porro *l. vn. C. in integ. post. l. rest* generalis est, *de quo Sf. Odd. q. 24.* Tr. autem hoc ad speciem de restitutione cõtra sententiam petita transfert, qua de re late *Sf. q. 43. art. 1.*

Et si à principe.] Nimirum prætextu iniustitiæ & iniquitatis sententia principis impugnari non potest: petitio autem restitutionis non sententiam arguit, sed errorem & lapsum prætendit, vt bene tradit *Sf. q. 43 art. 2.*

LIT. F.

Nisi forte morandi animo.] Si videlicet suspicio sit calumniæ & malitiæ: neque enim constare liquide de hoc oportet, vt loquitur Treut. sed etiam præsumptiones sufficiunt: quod prolixe & distincte euoluit *Sf d. q. 43. art. 5. Menoch. lib. 1. præsumpt. q. 74.*

THESIS III.

LIT. A.

Olim erat annus vtilis.] Hodie quadriennium continuum. Quod ratione cursus vulgo accipiunt Dd. currere autem incipere non nisi scienti, de quo mox lit B. Quo admisso cũ Iason hic improbato, tempus istud quadriennij vtile dici potest: quoniam duæ illæ qualitates, currere à die scientiæ. & currere diebus fastis, ex quib⁹ vtile tempus æstimatur non semper simul coniunctæ, sed aliquando separatæ sunt. Tempus a. hoc quadriennij toti & vniuersæ restitutionis quæstioni præstitutum est: quod recte etiã not. *Gabr. Mud. in l. vlt. C. de temp in integ. rest. Menoch. lib. 1 præsum. quæst. 71* & longe mittendus nũtius sententiæ Dd. qui memores erroris sui de duplici iudicio rescindente & rescissorio, quadrienniũ hoc ad illud, quo scilicet restitutio petitur; cæterum iudicio rescissorio hodieq. annum, vtilem præfinitum existimant *Br. & Dd. in l. in honor. 35. dict O. & A. Don. in §. rursus. in l. de act. n. 8. & alij incitati supr th. 1. lit C.* Arquin Iust. *in l. vlt. C. de temp in integ. restit* annum vtilem a republ. se separare profitetur: neq; dubium est ex ead. leg. quadriennium surrogatum esse in locum anni vtilis: quod tempus vniformiter iure veteri restitutioni definitum fuisse, pro certo habendum est.

Alia nec minoris momenti hic expedienda quæstio est de tempore instantiæ, quamdiu ea duret. In quo iterum plerique Dd. vulgato errori inhærentes, rescindens quidem iudicium intra quadriennium finiendum, actionem autẽ rescissoriam litis contestatione perpetuari existimant *teste Gab. Mud. in l vlt C. de tẽp. in int. rest. Sf Odd. q. 21. art. 5.* Cæterum etiam ij qui vnum tempus statuunt, quin intra quadrienniũ illud instantia & controuersia finienda sit, ne dubitant quidem, hoc quippe omnes tenere ait *Odd. q. 19. art. 4. n. 38.* adeo vt post quadriennum latã sententiam ipso iure existimẽt esse nullam *Odd. d q. 19. art. 12 post. Castr. & alios in l. pen. C. eod ex l. vlt. vbi Dd. comm. omnes C de temp. in integ. restit.* ibi *ad interponendam contestationem finiendamq; litem* Verum sententiæ isti obstat. 1. Quod Iust. instantiæ in causis ciuilibus triennium præscripsit *l. 13. C. de iudic.* neque enim videtur probanda eorum sententia, qui *ex dict. l. vlt.* exceptionem petunt *ad l 13. C. de iud Gabr. Mud in dict. l. vltim in fin.* Alij ineptius finiri instantiam triennij, sed inter id quod superest de quadriennio, aliam competere instantiam, *Castr. in dict. l. vlt.* 2. Quod ex notissima regula iuris litis contestatione actiones perpetuantur. 3. Quod communissima illa sententia repugnet naturæ omnium aliarum actionum (de actione doli infra agemus) quibus præscriptum est certum tempus, intra quod nimirum non finiendæ, sed in iudicium introducendæ sunt. 4. Fortissime mouet ratio ab absurdo, quod cum tempus actionum currat è momento in momentum, ita vt etiam postremo die liceat mouere actionem, fieri vtique non possit, vt eiusmodi casibus, instantia intra quadriennium a Iust. præscriptum, quod videlicet ab eo tempore, à quo olim annus vtilis, currere incipiat, finiatur, neq; tamen nondum elapso tempore negare possis actionẽ. Rectissime igitur ait *Cald. in comment ad l. 3. C. de in integ rest. verbis infr tempora, n. 1. in fin.* intra totos quatuor annos peti posse restitutionem, (ita enim iure veteri intra annum vtilem experiri licebat) sed cepta controuersia currere trienniũ *ex l. 13. C. de iudic.* Sed illud eiusdem nimis violentum, quod *in d. l. vltim.* pro *finiendam*, vult legi, *faciendam, & in Clement vn. de restit. in integr.* pro *finiri inchoari*. Existimo *in d. l. vlt* litem non esse explicandam de instantia, sed de actione: & verba, *interponendam contestationem finiendamq; litem*, non ad vnum, sed ad duplicem casum referenda esse, de quo *in d. l. vlt* tractatur, restitutionis videlicet minorum & maiorum: ad illã, quod de interponenda contestatione ad hanc,

quod

quod de finiēda actione dicitur, pertinet, quod scilicet restitutio minorum nō remedio actionis, sed mero officio prætoris expeditur. Et sane facilius ita *d.l. vlt.* quam rationes supra adductæ euitari possunt, quomodo etiam explicare potest *Clem. vn. de restit. in int.* quamuis Pontifices plerumque errores communes sequuti fuerint.

Illud non improbabiliter.] Hoc non tam tentādum, quam liquido potius affirmandum videtur, quod etiam pro certo tradit *Sf Odd quæst 19. art 3.* quadriennium illud non pertinere ad actionem doli vel metus: cum etiam Iust. tantum *in d l. vlt.* faciat mentionem restitutionis minorum & maiorum adiecta nominatim mētione absentiæ & alterius impedimenti, ne quis ad aliud restitutionis genus illud trahere possit. Neque nouum est, sub titulo generali proponi specialia. Quin imo leges omnes sub eo titulo pertinent ad restitutiones minorum & maiorū, quæ etiam in specie & in iure nostro, & ab interpretibus restitutionū nomine venire solent. Vtique circa expressum textum correctio iuris antiqui, maxime L Codicis *l vlt. C de dol.* induci & præsumi nec potest nec debet.

In camera non obseruari.] Nihil necessum erat hoc admonere, cum triennium illud Iustin. in nullis amplius iudicijs, tantum abest vt in Camera seruetur, aut seruari possit. *v. VVesembecij comment. in lib. 5 C. ad L. 13 de Iud. n. 20.*

LIT. B.

An ignorantia hinc subducatur.] Verissimam puto negatiuam Treut. sententiam contra Dd. vulgo qui à tempore scientiæ demum quadriēnium hoc currere statuunt, quam omnium cōmunem sententiam esse, testatur *Odd q. 20. art. 4. Gail. 2. obs 42. Cald in l. C. de rest in int verb. vero. Infra tempora. n. 3. Tessaur. decis. 134 n 4 Couar. in cap. mala fidei de R I p. 3. c. 3. n. 3. VVesemb cons 5. n. 32. Tiraq. d. retract gent. §. 35 gl 4. n. 44 Catell. Catt. in memor. verbis tempus quadriennij. Crauett. de ꝯ. antiq. temp. part. 4. vers materia n 57. Boer. dec. 39. n 4.* adeo vt etiam vsque ad centum annos petendæ restitutioni faciant locum, quod ex Baldo & alijs in terminis tradit *Boer dict loc.* Quę quidem sententia rationem iuris & ipsum ius ciuile, totumque vsucapionum ius euertit; neque vero absentia meliorem debet facere conditionem eius, contra quem si absens non fuisset, etiam ignorantem vsucapio cum effectu impleta fuisset. Et vero diserte probatur *ex l. vlt. C de temp. in int. rest* quod quadriennium illud minoribus quidem ab exacto 25. anno, maioribus autem ex die sublati impedimenti currat. Nec quicquam adeo obstat collatio vtilis anni cum quadriennio isto *ex d. l. vlt.* quoniam etiam annus ille vtilis non à die scientiæ, sed itidem impedimenti cessantis currebat *l. 5. C. ex quibus caus. maior. l. 18. C. de post lim. reuers.* & vtilis dicebatur vel ratione durationis & cursus, vel potius quoniam non à die læsionis, v. c. quo vsucapio absente aliquo impleta erat, sed, vt dictum est, à die sublati impedimenti currebat. Ratio autē, quæ ex Dd. *Sf de loc.* mouetur, quod frustra dicatur currere tempus ignoranti, cum ex capite ignorantiæ restitutio concedatur, falso nititur præsupposito, quod refutabitur *inf. th. 17 lit A.*

Nisi tamen reclamarit.] Dubium facit, quod elapso tempore, actioni à lege præscripto actio ipso iure tollitur. Equidem ex ratione iuris veteris speciale dici possit in restitutione minorum, quæ petitur implorato officio iudicis: verum & huic hodie quadriennium præfixum est. Facit *quod Bald, Castren. & alij in l pen. C de temp. in int. rest* tradunt, etiamsi recte ceptum sit iudicium, si tamen post quadriennium sententia feratur, eam ipso iure esse nullam: & in terminis *Sf Odd. p. 1. q. 19. art. 5.* (quem sequor contra *Franc. Caldas in sæpe d. l. 3. verbis infra tempora n. 1. in fin.*) ita post quatuor annos restitutionem peti non posse tradit, vt super ea de facto petita, sententia lata, ipso iure nulla sit. Plane sicut alijs casibus, quibus ipso iure actio sublata est, nihil opponente parte, cuius factum supplere iudex non potest, ita hic quoque de facto, si iudex elapsum quadriennium ignoret, sententia ferri & sustineri possit.

Etsi minori tempore læsus.] Articulum hunc difficilem vocat *Ord p. 1. q. 19. art. 4.* vbi docet hac in re dissentire legistas à Canonistis & recte sentit contra Maurit. & Mud. *in d. l. vlt. C de temp. in int. rest* non debere plus restitui, quam abstulit læsio, quod scil noceat negligentia, per quam intra tempus illud non petijt restitutionem: & Las. *citat. loc.* intra tantum tempus restitutionem petendam docet, quanto quis fuit læsus. Itaque sententia probatur *ex l 15. §. 3. l 16 § 8 l. 18 §. 5 ex quibus caus. maior. fac. l 10. §. 20. quæ in fraud credit.* veluti si ponas vsucapionem contra aliquem cœptam, & vsque ad dimidium annum completam, & hunc per dimidium illum annum Reipublic. causa abfuisse, absurdum sane fuerit, reuerso integrum annum vtilem

vel

vel hodie quadriennium cōtinuum, intra quod restituatur concedi, & cū reuersus non habeat restitutionem, si post eius reditū aliquod spaciū iuris cōmunis supersit, intra quod actionē rescissoriam proponere queat, multominus ei, qui ex causa absentiæ paucis forte mensibus læsus est, totum quadriennium concedendum erit. Commentitia autem est Dd. distinctio, inter tempus ad quod fit restitutio, & intra quod peti debet, relata à Iason. & St Odd. *dd. loc* eaq; à vulgaro errore de duplici iudicio, profluxisse videtur. Nihil plane obstat *Clem vn. de restit. in integ.* quæ non de tempore mouendæ cōtrouersiæ, sed finiendæ, tractat; quomodo etiam illū locum accipit *Odd. d. q. 19. art. 4. numer.* 41. Et prætor actionem annalem introduxit, quod hoc tempus omnimodo sufficere existimaret, quandocunque tandem læsio durasset, non vero vt omnimodo ea casu, quod breuiori spacio r. c. absens quis fuit, integrum annum dare, & meliorem conditionem absentiū facere vellet.

THESIS IV.

LIT. A.

Metus liberam voluntatem tollit.] Voluntatem coactam ICti dicunt, quatenus statum hominis cui vis infertur, conferunt cum statu eius, qui suo arbitrio faciēdi quod velit, relictus est, qui istud remoto metu & vi nunquam facturus esset: & ipse *Arist. 3. Ethi.* actiones metu extortas appellat mixtas, ex inuito & voluntario: cæteroquin proprie loquendo voluntas cogi non potest.

Ideo non immerito quidam dubitant.] Immo immerito dubitari videtur, quod hoc expresso textu sit decisum *l. nec timorem, quod met. caus.* neque enim ferri potest, quod Oldend. *cl 6. act. 10.* id de infamia facti accipit. Sed ex altera parte pro Treut facit, quod si verbum & vinculorum metus ad edictum pertinet *l. 3. §. 1. & l. 7. §. 1. quod met. caus.* merito etiam infamiæ metus eod. pertinebit, cum fama vitæ soleat comparari. In hac contentione duarum rationum ita dicendū puto: edictum ad ea pertinere, quæ facto priuari inferri possunt: infamia autem vel authoritate legis vel sententia iudicis irrogatur; verbera & vincula minitari & exequi possum: infamem facere in mea potestate non est: & ideo quod dicitur *in 17. in f. quod met. caus. potuit ea pati proditus, &c.* non ad accusationem iudicialem pertinet, sed ad id, quod ab eo cui prodendus erat, & cui iniuriam fecerat, ea de facto pati potuisset. Ex quibus etiam vera potest peti ratio ad *l. 21. in prin. quod met. caus.* vbi negatur locum esse restitutioni, si liberta patrono, quid dederit, ne ob ingratitudinem in seruitutem reuocaretur; quia scilicet ille metus non infertur de facto, neque patrono ius est, sine cognitione magistratus libertam in seruitutem reuocandi.

LIT. B.

Quid si vi metuue.] Quæritur hic, an absolutione opus sit à iuramento, quod vi metuue extortum est. Et ipse simplici distinctione vtitur, an factum super quo iuratum est, ipso iure prohibitum sit nec ne. Cæterum Gail citat. loc plenius distinguit, & 1. an factum iure naturæ prohibitum sit & vergat in dispendium salutis, an secus 2. hoc casu subdistinguit an factum iure ciuili permissum sit an prohibitum: quo posteriori casu itidem absolutione opus non esse affirmat. Equidem iure ciuili de absolutione à iuramento non disputatur, sed eo quæstionis hic effectus esse videtur, an actus & iuramentum ipso iure sit nullum nec ne. Qua in re distinctioni Gail. eatenus locus erit, vt intersit, an actus iure ciuili permissus an prohibitus sit: illo etenim casu metus, nec actum ipsum, nec iuramentum efficiet nullum: licet Dd. speciale statuere soleant in iuramento *per Auth Sacramenta C si adu. vend. Ias. col. 7. Salic. n. 2. & alij ibid.)* hoc autem siquidem ipse actus, iuramentum quoque nullum est: quoniam scilicet quod nullum est iure ciuili, nec iuramento firmari potest *arg. l. non dubium C. d. ll.* neque hic interest an iure ciuili an naturali actus illicitus sit. Quæstio autem de absolutione Iuris Canonici propria est, secundum quod falsam puto illam partem distinctionis Gaillianæ, qua iuramērum metu extortum super actu iure ciuili prohibito nullum esse putat, vt nec absolutione sit opus: quia cū eiusmodi actus contra bonos mores canonū nō sit, iuramentum quoque per se ipso iure nullum non erit, quia quæ natura est principalis eadem erit accessorij: & quod sua natura citra vim & metum iure aliquo firmum & validum est, illud accedente metu non annullatur: & *supr. disp. 6.* actum etiam iure ciuili nullum iuramento firmari ostendimus *de quo Gomez. 2. resol. 14. nu. 24.* Neque concludit ratio Gail. quod duplex sit vitium, violentia & Legis prohibitio: quia violentia non facit actum nullū. & prohibitio illa solius est Iuris ciuilis: vtique cum tale iuramētum nec salutem animæ, nec proximum offendet, ex ratione Iuris Canonici citra absolutionē

non

non poterit violari: quod & tradit *Castr. in auth. Sacramenta, C. si adu. vend. nu. 9.*

LIT. C.

Prætor rescindit.] Et ergo actus non est ipso iure nullus: quod alias non opus esset restitutione. Idq; rationes Ethicæ ostendunt, quod violentia illata non tollit voluntatem & electionẽ, cum etiam, omne minus malum in comparatione maioris quod euitatur, habeat rationem boni, quod voluntatis est obiectum & aliquot rationibus confirmat *Arist. 3. Eth. 1.* actiones metu extortas non ad inuitos, sed ad voluntarios esse referendas. Neque adeo distinguendum hic puto inter contractus stricti iuris & bonæ fidei, neque inter metum incidentem & causam dantem contra Cui. *in l. 36. d. V. O* de qua re cum Tr. agemus *infr. disp. 28. th. 2.*

LIT. D.

Ad refundendum] Atquin hæc actio etiam in quadruplum est.

Vel exceptionem] Varie hoc edicto succurrit prætor, vt docet *l. 9. §. 3. & seqq. h. t. Cuiac. ad Paul. 1. sent. 7* ita vt & in eadem specie actio & exceptio concedatur, quæ proponitur *in dict. l. 9. §. 3.* vbi apparet, contra quam putat gloss. Pomponium reprehendi in secundo membro, quo re imperfecta tantum exceptione dixerat esse locum. Et in specie illa extortæ cautionis actio ad id quoque vtilis est, vt si non acceptam ferat cautionem, condemnatio in quadruplum sequatur. Quod autem re perfecta interdum sit locus exceptioni, admittit. Vlp. quod Br accipit de casu vbi res forte ad eum qui metum passus est, redijt: quamuis etiam vbi promissio sola facta est, res suo modo perfecta dici possit.

LIT. F.

Non opus est protestari.] In ipso videlicet actu, dum vis infertur: cæterum postea super metu illato contestationem in tempore vtile & aliquando ob circumstantiam personæ, quæ vim intulisse dicitur, necessarium videtur, vt in specie *l. 2 Cod. de his qui propt. met. iud.* ad quam L. cum se referat *Acc. in l. in omnibus. de R. I.* male à Tr. pro diss. adducitur. Est plane ibi specialis casus, quo contestatio non tam ad probandum metum, quam ad inducendum effectum appellationis interponitur: vt adeo in dubio & regulariter nulla tali contestatione aut protestatione opus sit: quoniam metus & vis æstimatur ex re ipsa, & qualitates proprias, quibus arguatur & designetur, habet.

THESIS V.

LIT. A.

Personalis quidem.] Origine videlicet, quia ex delicto nascitur: cæterum an actiones personales an reales sint, ab obiecto, contra quem videlicet dantur, æstimari solet: & cum adeo actio quod met. caus. possessorem quemuis persequatur, recte in rem scripta à Dd nuncupatur: eodemque redit, si ideo persequi possessorem dicas, quia in rem prætor verba edicti concepit: *quod metu gestum erit*: in quo ieiune subtilis est *Coras. 1. misc. 22.* quamuis etiam ea verborum conceptio non operari possit plus quàm ipsa res, nec protinus efficiat, vt contra omnes possessores actio detur, *arg. l. 1. §. 1. de dolo malo.* neque hoc ignorauerunt Dd vt patet *ex not Br. in l. sed & ex dolo. §. vlt. de dolo mal.* de quo pluribus *th. seq. C.* De mixtis actionibus dicemus *infr. disp. 19. th. 1.*

LIT. B.

Est arbitraria.] Instituitur hic tractatio non expedita de arbitrarijs actionibus, quæ iuxta varia exempla *in § præterea, Institut. de action.* aliæ sunt in rem, aliæ in personam: & ex his rursum, quædam ex contractu, quædam ex delicto. Sunt item arbitrariæ aliæ natura sua, aliæ ex accidenti, velut actio ex stipulatu, si alio loco agatur *l. 1. & 2. de eo quod cert. loc.* Ait autem primo Tr. quod non sint bonæ fidei, sed tertium gen⁹ constituant, quæ communis est Dd sententia *in dict. § præterea.* Cui non obstat, quod *in fid. d. §.* idem de his, quod de bonæ fidei actionibus *in § praeced.* affirmat, *quod iudici ex bono & æquo permittatur æstimare, &c* quoniam phrasis illa, æstimare ex bono & æquo, duplicem admittit explicationem, & dupliciter fieri potest, & secũdum naturam actionis, & propter extrinsecus accidens: illud in bonæ fidei iudicis, hoc in arbitrarijs, vt post Dd tradit *Iason. add. § præterea in pr. & n. 41* si quis *d. vers. vlt.* ad specialem actionẽ arbitrariã, de eo quod certo loco, referre velit. Deinde definit Tr. actiones arbitrarias, in quibus iudex tanquam arbiter honorarius, &c. Verum hæc definitio particularis est, quod scil. actionum harum non vna natura est, vt pluribus tradunt *Ioh. Fab. & I. f add. §. præterea.* & in summa duo genera, quæ confusim à Iustin. proponuntur *in dict. §.* vel enim ita dicuntur, quod totum arbitrio iudicis cõmittitur, velut in actione de eo quod certo loco: vel ideo, q̃ arbitrium iudicis aliquod sententiam definitiuam præceda. Tentari tamen possit actionum arbitrariũ

recentiores. Et cum verbum *hodie*, denotet mutationem iuris, & constitutiones principum pœnam talionis proponunt, fieret ita, vt constitutionibus edicto prætoris derogatũ esse fateri oporteret. Atquin potius edictum prætoris correctum fuit per constitutiones, siquidem hic aliqua mutatio statuenda esset: siquidem pœna talionis & infamiæ procul dubio iure nostro cõcurrunt, pœna autem arbitraria moribus potius introducta videtur: quamuis non dubitem, iure quoque ciuili, ex causa, pœnæ arbitrariæ, non autem semper talioni locum fuisse.

LIT. H.

Quomodo hodie.] Quæstio hæc ab hoc loco aliena, reijcitur ad *part. 2. in disput. 31.* de qua etiam videmus *Scip. Gent. lib. 3. de iurisdict. cap. 31. & seqq.*

DISPUTATIO XI.

DE RESTITVTIONIBVS IN INTEGRVM.

Respondente

ANCHARIO SCHRODER Hadersleb. Holst.

THESIS I.

LIT. A.



QVa extraordinarium.] Extraordinariorum remediorum variæ sunt species, de quibus *Zas. 1. resp. sing. 20.* Hoc remedium restitutionis non personæ aut negotio alicui speciatim, sed in vniuersum, ob læsionem patrimonij ratione & æquitate dictantibus, concessum, quodammodo ordinarium dici possit: eo respectu tamen extraordinarium, quod rescindit ea quæ mero & summo iure valent: quo sensu non absurde dicitur esse contra ius ciuile, *Duar cap. 1. h. t VValt. 1. misc. 10.* quidquid videatur *Zasio dicto loco num. 9.* cuius ratio, quod æquitati conueniat, & iuri communi sit incorporatũ non concludit: quod obseruauit *Maurit. cap. 2.* vbi opiniones contrarias conciliat. Ex aduerso peccat *Gl. in l. 1. d. minor.* quæ hoc remedium contra naturalẽ æquitatem esse male affirmat: Etenim eidem æquitati quæ conuentiones vult seruari iniquas cõuentiones rescindi conuenit. Neq; obstat quod iniquum videatur rescindi contractum iure ciuili validum: quoniam aliquid per se consideratum iniquum, sed eũ circumstantijs personæ, ætatis metus doli &c. merito æquũ haberi potest. Plane quod prætorium hoc remedium est, (in quo videtur errare *Odd. q. 1. art. 11.* putans restitutionem ex generali clausula, esse ex iure ciuili) non ex eo protinus extraordinarium est: sicut nec omnia remedia iuris ciuilis sunt ordinaria *fac. l. 16. §. 2. de minor.* in qua specie cum restitutione concurrit condictio incerti generalis. De quo concursu alia quæstio est, quam nõ male extricat *Zas. d cap. 20 sing. resp* & placet illud Dd. axioma: quod cum ordinario remedio concurrat extraordinarium, quoties hoc plenius & expeditius est, ex quo recte infertur cõtra *Fr. de Cald. in comm analyt. in l. 3. C de restit. min. verb. infra legit. temp. n.* 10. minorem vltra dimidium vẽdendo v. e. læsum posse vti restitutione in integrum: *cum Sfort. Odd. q. 17. art. 14.* quoniam intentato remedio *ex d. l. 2. C. de resc. vend.* electio est Emtoris, an pretiũ supplere, an rẽ restituere velit: v. de hoc & omnino an per concursum alterius remedij excludatur restitutio *Sf. Odd p. 1. q. 17. per Maurit. c. 12. Cald d. loco verb. implorare in int. n. 5. & 11.*

LIT. B.

Proponit initio definitionem ex Paul. quod restitutio sit reintegrandæ rei vel causæ actio. Vbi tropus videtur esse, & restitutio à Paul. vsurpata, vel pro imploratione restitutionis, vel pro ipso remedio restitutorio: cum ex plerisque restitutionem causis & capitibus in actione ipsa restitutio consistat, veluti de alienatione iud. mut. de dolo, quod metus causa, & rescissoriæ, quæ maioribus dant. Qua de causa etiam cõtra Tr. defendi possit, in definitione illa actionem significare ius persequendi in iudicio: quia scilicet illæ quas diximus actiones, non secus vt aliæ à prætore petuntur, & conceduntur, *v. Cai. ad pr tit. de in integ. rest.* Et ergo non recte Tr. in definitione Pauliana, *actionem*, explicat factum prætoris restituentis: quæ vsurpatio notissimo vsui iuris repugnat. Ne porro recte ibid. factum prætoris restituentis interpretatur legis actionem: quoniam vt probatum supra disput. 2. in vsu iuris actiones legis de volũtariæ iurisdictionis actibus prædicantur, rescissio autem actus iure ciuili validi, & actionis rescissoriæ concessio, actus sunt iurisdictionis contentiosæ. Quin lege agere, magis de priuatis, quam ipso magistratu in vsu iuris dici videtur *argu. l. 3. de off. procons. l. 4. de adoption. & l. 1. Cod.* Male autem sentẽtiam suam probat ex *l. 105. de R. I.* quia vtique non omnes actus, in quibus interuenit prætor,

& cau-

& causæ cognitione opus est. legis actiones sũt; Dd. vulgo non male definiunt restitutionem, repositionem in pristinum statum *Maurit. cap. 1. Sfort. Odd. p. 1. quæst. 1. art. 4 Marant. de appell n. 77.* vel ad ius pristinum reductionem *Rebuff. d. restit. in pr* Illa vero non definitio, sed rudis descriptio est, quæ proponitur à *Franc. Cald. comment. in l. 3. C. de resti. mi. or verbo, implorare in integrum.*

Actio igitur rescissoria] Hæc assertio ex præcedentibus non infertur. Sed quod ipsam rem attinet, affirmat Treut. actionem rescissoriam differre à restitutione, sicut consequens ab antecedente. Quod hactenus admitti potest, concessio restitutoriæ actionis ab ipsa actione diuersa est: quomodo in singulis actionibus ciuilibus duo iudicia considerat ipse Treut. *supr. disp. 4. th. 1. lit. G* quoniam quæ apud prætorem proponebantur & tractabantur formam quandam iudicij repræsentabant, Verum Dd. quos Treutl. sequitur, duplicem libellum, litis contestationem & sententiam requirunt, diuersa etiam tempora vtriusque iudicij, (de quo etiã infra,) statuunt *Sfort. Odd. p. 1. q. 2 art 1. & seqq* eamque Dd. sententiam etiam refert *Gabr. Mud. in l. vltim, C. de temp. in integ. restit.* Et scil. rescindens vocant ipsam restitutionem, siue restitutionis tractationem, rescissorium, actionem remoto obstaculo renatam & resuscitatam. *Marant. cap. 4. Sf. Odd. quæst. 33. artic. 1* vbi & alia Dd. circa hanc rem commenta à ratione vera iuris aliena proponit. Et illud de renascente actione pristina satis perspicue refutatur ex *§. sed iste §. Instit. d. action. in f* vbi Iustin. tradit hanc formulam actionis rescissoriæ, quod actor dicat reum non vsu cepisse, quod vsucepit: quæ formula actioni pristinæ renatæ non conuenit: & simul duplicitas iudiciorum refutatur: quod si enim iudicio rescindenti vsucapio iam remota esset, hac formula & intentione non foret opus. Equidem in actione doli, quod metus causa, de alienatione iud. mut. &c. simplicitas & vnitas iudicij euidentior est; Quod ad restitutionem maiorem attinet, & eam citra aliquod decretum prætoris, quod nulla pronuntietur v. c vsucapio, in ipsa concessione rescissoriæ actionis, existimo cõsistere, prætoremque adeo restituere dici, dum actionem hanc, quæ noua & datiua est, *(vt recte Zas. & Gomes in §. rursus. Inst de actio, contra Maurit. c 8 Salic. in l. 5. C ex quibus caus maior num. 8.)* concedit, & quidem sicut alias actiones temporales intra annum tantum, *per l. 35. in fin. prin. de oblig l. 5, C. ex quib. caus. maiores* (ex cuius verbis, *quæ in integrum restitutis datur.* male Mauric *c. 4.* duplicitatem eam iudiciorum adstruit, cum iis hoc ipsum, quod in concessione actionis ipsa restitutio consistat potius confirmetur) *l. 18 C. de post, lim. reuersis §. rursus Instit de act.*) vbi verba, *rescissa vsucapione* denotant effectum & naturam actionis, quod ea rem non esse vsucaptam, intendatur) quibus locis etiam probatur, quod hic annus actioni rescissoriæ præfinitus, statim à tempore impedimenti sublati currere incipiat, quod ipse agnoscit *Maurit. c. 6* & rectissime statuunt citati, *à Sf Odd quæst. 21. art. 3.* qui currere non posset, si demum iudicio rescindenti sublato obstaculo actio ea nasceretur; quem nodum frustra tentant soluere Dd. per ineptam distinctionem actionis rescissoriæ in datiuam & natiuam, quam tradit *Sf. Odd. quæst. 33. art. 2.* & Salic. *in l 5 ex quib. caus. maior n. 6. & 7.* vbi sibi ipsi nodos nectit, quos dicit excedere intellectũ scholasticum. Cæterum minoribus varie succurritur, & quandoque actio contra eum, cum quo cõtractum est, aliquando etiam contra tertium datur *l. 13 § 1. de minor. Ant. Fab. C. vbi & apud quem cognitio defin* 1 aliquando etiam totũ apud prætorem restitutionis negotium tractatur & expeditur *arg. l. 24. §. 4. de min* Et nec in his tamen casibus veram duplicitatem iudiciorum ostendere quis possit.

LIT. C.

Vel alio magistratu] Addendum erat quod in fine hu lit. subijcit, vel à magistratu delegato, quoniã hic magistratus non est. & quidẽ coram delegato vel in specie, vel ad vniuersitatẽ causarum, *l vlt C. vbi & app quem.* nec tamen aliud fuit iure veteri, vt male putat *Odd q 31. art 6.*

Qui hoc imperium valet.] Videtur hoc adiecisse propter magistratus municipales, quibus ius in integrũ restituendi nõ est *l. 26 ad municip.* neq; enim hoc mutatum à Iustin. *in l vlt. C. vbi & apud quem* vbi restituendi facultas datur propriũ tribunal & iurisdictionem cum administratione habẽtibus: quo vtroque carent magistratus municipales: in quo vulgo errãt Dd. quos refert & sequitur *Sf Odd p. 1. q. 32. art. 4. Menoch. lib 1. præsumpt quæst 72 n. 3.* Imperij autem vocem accipio generaliter pro potestate, si quidem restituere in integrum mixti imperij non esse, probatum est. *disp. 3.*

Atq; ita de causa] Negat de causa restitutionis in arbitrum compromitti posse, ex hac ratione, quod compromisso non tribuatur iurisdictio. Atquin hinc effici videatur, restituere in

integrũ esse iurisdictionis, quod ipse negauit supra *disp. 3.* Cæterũ ratio nihil concludit, quia arbiter nõ dicit sententiã vi iurisdictionis, quæ cõuentionibus priuatorum prorogari quidem, sed dari nõ potest: Baptista a S. Blas. *de arbitr. & compromiss. pag. 292. n. 33. Lans. de Oria pag. 8. nu. 9. eod.* & alias super nulla causa in arbitrum compromitti posse efficeretur. Igitur rectior videtur ratio, vel quod arbitrorum non sit, contractum iure ciuili validum, rescindere, vel quod actiones ex causis restitutionum, vt ita loquar, magis sint datiuæ quã natiuæ, vel etiam, quod ex sententia arbitri restitutionis plenarius effectus consequi non possit, & cum restitutiones causa cognita concedantur, cognitio illa causæ excedere potestatem arbitri videtur. Plane Iust. *in d. l. vlt.* loquitur nominatim de restitutione maiorum & minorũ: vt fortasse super ijs causis, quæ quasi actionis ordinariæ iure expediuntur, aliud tentari posse videatur.

Ne quidẽ si incidenter.] Minus congrue ad præcedentia proponi videtur. Sensus hic est, quod arbiter super causa restitutionis, etiamsi incidenter coram eo proponatur, cognoscere possit. Dupliciter autem hoc intelligi potest. 1. si causa restitutionis, vt ita loquar, de præterito, coram arbitro incidenter opponatur, veluti si compromittatur ex causa conuentionis cum minore initæ, & postea obijciatur læsio quod exemplum proponit *Sf. Odd. p. 1. quæst. 31. art. 8. 2.* Si in ipsa causa coram arbitrio tractata læsio de nouo emergat: veluti si minor prætendat se omisisse probationes. Quo posteriori casu restituere posse arbitrum, *post Azonem & Odofr.* statuunt *Cynus, Salic. & Castren. in l. vltim. C. vbi & apud quem* quod recte ita declarat *Sf. dict. art. 8* vt non possit recta restituere, sed nouum terminũ ad probandum cõcedere. Quin & in priori specie arbitrum cognoscere posse existimauerim: quod alias ipse super causa principali recte pronuntiare non posset. Et cognitio ista non videtur præiudicare quæstioni principali de restitutione, super *qua non pronuntiatur,* ad instar iudicis, cuius cognitioni incidit causa status, *l. 1. C. de iudic. l. 1. inf. C. de ord. iudicior.* quo argum. hæc sententia recte defendi potest, cum nec iudex pedaneus iurisdictionem habeat, & alias perinde sit, nullam, & in casu exempto limitatam habere iurisdictionem, in quo lapsus est *Mauritius cap. 38.* fac. quod arbitria ad instar iudiciorum redacta sunt *l. 1. de recept. arbitr.* Et hanc communem omnium sententiam esse, attestatur *Sf. Odd. d. art. 8. q. 31.* Qua retenta, respondendum erit *ad l. vlt. inf. C. vbi & apud quem.* vel quod argumentum a contrario sensu non semper procedat, vel quod de eo casu loquatur Iustin. quo de causa restitutionis non tantum cognoscendum, sed etiam pronuntiãdum est. neque ille ibi simpliciter incidentem, sed alijs causis annexam & cohærentem quæstionem restitutionis intelligere videtur: quo modo illum locum etiam accepit Gloss. quæ interpretatur causam motã per modum reconuentionis. Porro an super incidẽti sit pronuntiandum, & de varijs speciebus incidentis *vide late Cyn. in l. 1. C. d. ordin. iud. nu. 8. & Salicet. ibid. n. 8. & seqq. & in l. pen. eod. Fachin. 1. cõtrouers. 43. & disput. seq. th. 13. lit. C.* Illud etiam hic quærunt DD. an arbiter saltem super hoc, an v. c. minor restituendus sit, pronuntiare possit. Quod affirmat *Bart. in d. l. fin.* quẽ sequitur *Mauritius c. 38. inf.* & magis videtur probare *Odd. quæst. 31. art. 7.* eodemque inclinat *Gloss. in d. l. fin.* Sed magis placet sententia *Baldi in sæpe d. l. fin. post Odofred. & Cyn. ibid.* vel quia vt Cyn. ait prohibito aliquo omnia quoque prohibita censentur, per quæ ad illud peruenitur: vel quia aut pronuntiabit contra minorem arbiter, & procul dubio restituetur minor: aut pro minore, & procul dubio hanc sententiam arbitri non subsequetur prætor, nisi prius causa cognita minorem læsum facilitate sua, &c. deprehenderit, eoque deprehenso ipse decretum interponet: itaq; res semper ad pristinum statũ reuerteretur.

LIT. D.

Agit hic de loco, in quo restitutionis causa agitanda est. Ait autem agitari eam in foro Rei si in personam sed in loco rei sitæ, si in rem agatur. Vbi primo vitiosa oppositio est, fori Rei, & loci rei sitæ: quia etiam locum rei sitæ forum Rei esse oportet, siquidem in eo recte conuenitur, cum præsertim ex veriori sententia quã ipse Tr. *supra disp. 3. th. 8.* sequitur, etiam actio in rem in loco domicilij, & ita in foro Rei maxime proprio institui possit. Porro cũ ex sententia Treut. duo hic sint iudicia vtique rescindens, in quo casu cognita an restitutio concedenda sit, tractatur, in foro eius contra quem petitur restitutio, necessario proponendum erit. Cæterum ex ratione juris inter causas restitutionis distingui oporteat: quod scil. vel ordinario jure à prætore conceditur actio, vel officium judicis imploranđum est. Illo casu pro conditione actionis quæ vel est in rem, vt rescissoria fere ex capite de maioribus, vel in personam siue pure vt actio doli,

doli, siue in rem scripta, vt actio quod metus causa, ita etiam in hoc vel illo loco & foro instituenda est Hoc vero casu, v. c. ex capite de minoribus. quia multa interuenire possunt, vt restitutio non concedatur, ideo contra ipsum, cũ quo contractum est restitutio est imploranda: licet aliquando causa cognita eius effectus etiã contra tertium porrigatur. Secundum quę communis Dd. sententia, rectè explicata, vera est, quod regulariter in foro Rei restitutionis causa sit agenda *Maurit. cap. 36. Odd. p. 1. quæ. 32. art. 13. Covarr. 1 resol. 4. VVes. in parat. C. vbi & apud quē.* quib. male discedit Treut. Planc vbi restitutio contra sententiam petitur, coram iudice qui eam tulit, vel eius superiore id faciendum esse ex Dd tradit idem *Odd. d loc. & quæst. 69. art. 7. V. Gilhausen Arborem iudiciariam de restit. in integr. num. 27.*

Id singulare quod solus princeps]Hoc quidem alieno loco proponitur: cæteroquin nihil hic videtur singulare, sed regulare potius vt aduersus sententiam paris vel superioris restitutionem concedere nemo possit: procurator autem Cæsaris non agnoscit alium superiorem nisi principem, *v. Cui in l. 16 in f. de minor* & hic etiam hoc singulare, quod procurator Cæsaris non cognoscit inter priuatos vtrinque, sed inter hunc priuatum inde fiscum, vt vel tanto magis, quia res fiscum Cæsaris concernit, solus etiam Cæsar contra sententiam restituere debeat.

L T. E.

Semel data vel denegata iterum, &c.]Verum *iterum* ad vsum denegatæ restitutionis non satis accommodum est Res ipsa ita se habet: Denegata semel restitutio frustra amplius petitur; a sententia tamen, qua restitutio denegatur, appellari, ad appellandũ minor restitui potest. Fallit autē regula illa, si super diuerso capitulo petatur restitutio, vel ex noua causa: siue de nouo causa illa emerserit, siue antea extiterit: & hoc rursus siue non allegata, siue allegata, quidem, sed non fuerit probata. Quod ad restitutionem semel concessam attinet, aut iterum petitur, contra id quod ante concessum fuit, de quo agitur infra *th.* 10 *lit.* 10. aut pro eodem obtinendo: & hoc rursus vel quia prior restitutio non sufficit, vel quia priori restitutione minor vsus non fuit quo posteriori casu contra *Sf. Odd. quæst 16, art 8.* magis existimo cum communi, restitutionem amplius non concedendam, neque duplicem negligentiam ferendam esse. Vide de tota hac re *Sf. Odd. q. 16. per totum. Anton. Fabrum C. si sæpius, in integr. restit postul definit. 2.*

Nec interest an restitutus.]Videtur hic Tr probare opinonem Sf. Odd. cuius iam mentio facta est, quod semel restitutus iterum restitui possit, etiamsi priori restitutione per negligentiam non fuerit vsus.

THESIS II.

LIT. B.

Nõ vero datur ob minimã rem &c.]Videtur existimare Treut quod eo tantũ casu ob rē minimã restitutio non concedatur, quando ea tendit in prǫiudicium summæ maioris. Cæterũ verius est indistinctè, propter rem minimam restitutionē nõ concedi. per notata *Maurit. c. 124. Ant. Gabr. de restit in integr. conclus 1. Odd. p. 1. q. 4. art. 13. & 12.* vbi rectè ait aliquando requiri læsionem maiorem, quandoque sufficere minorem.

Non quia in introductis.] Nam obscure hic existimat Tr. in ordinarijs rem minimam non curari. Quod rationi convenire non videtur, siquidem nec in minima re cum damno meo alter lucrum sentire debet: & igitur ob minimam rem furti actio datur *§ gallinarum. Inst. d. acq. rer. dom.* & actio L. Aquiliæ. *arg. l. 22 in fin prin. d. damn. infect.* nec dubiũ est quin etiã rei minimæ commodatæ, depositæ vel pignoratæ sit repetitio. Nec quicquam pro Tr. facit *l. 54. de contrah. empt.* vbi agitur de rescindendo contractu bonæ fidei: *& in l 18. §. 2. commod & l 12. de impens. dotal.* summa ratione impensæ modicæ cum vsu compensantur, cæterum si depositarium ponas hic vtique illas repetet. Quod ad restitutiones attinet, distinguendum fortasse, an ex officio judicis nobili, an actionis & quasi ordinario jure concedantur & expediantur: neq; dubium est, quin actio quod metus causa etiam ad rem exiguam vi extortam concedatur, & actio doli, eo quod famosa est propter summam minimam non datur *l. 10. & 1.. de dol mal*

Liberis certe libertinisque.]Hoc quidem ab hoc loco alienũ est, & agitur de eo infra *th. 13 lit E.* Verba autem Treur. ita habent: Liberis certe libertinisque parentum patronorumque reuerētia omnem restitutionem adimit, quamdiu iuris communis remedium aliquod non famosum superest Ex quibus verbis effici videtur, omnē restitutionis causam esse famosam, quod tamen in actione doli tantum obtinet. Deinde hoc non speciale in parentibus & patronis, sed regulare est. vt remedium ordinarium juris ciuilis faciat cessare restitutionem *l 16. in pr. de minor.* Tandem ita loquitur, quasi deficiente

remedio non famoso detur cõtra parentes & patronos remedium famosum: quod verum nõ est *l. 2. de obseq. parent. & patron. & c. l. 11. §. 1. de dol. mal.* & eo casu aut nulla aut subsidiaria actio in factum locum habet *arg. d. l. 11. in fin.*

LIT. C.

Et per procuratorem.] Videlicet vt subijcitur, cum mandato speciali: Recte quoque se habet exceptio, *nisi petatur incidenter.* Neque obstat, quod ita veniat contra factũ domini: quia cum citra talem petitionẽ causam principalẽ, ad quã datus est, exequi nequeat, hoc ipsum quoque simul, quod mandans ipse verosimiliter facturus fuisset, mãdatum videtur. Ideoque fortassis fallet hoc eo casu, quo procurator generalis ad negotia cum cautione rati experitur. *Glo. in l. 65. ff. de procurat. Couarr. 1. resolut. c. 6. n. 4.*

Generale mandatum sufficiat] Superflua est hic vox, *generale*: quia sufficit mandatum ad causam singularem.

Siue autem per se.] Verba Treut. hæc sunt: siue autem per se, siue per procuratorẽ restitui quis petat, semper id fiet per implorationem officij judicis, vt vel ex mero officio restituat, vel det actionem quod metus causa, aut de dolo. In quibus verbis insufficiens est enumeratio. quod nulla fiat mentio actionis ex edicto de capite minutis, & de alienatione iudicij mutandi. &c. neque actionis rescissoriæ *ex cap. d. maior.* (quo vtique restitutiones mero officio iudicis nõ expediuntur) quoniam vix est, vt exempli tantum gratia hæc proposuisse dici possit. Quin & minoribus non semper mero officio prætoris, sed aliquando cõcessa quoque actione succurritur *l. 13. §. 1. de min.* Quin amplius actiones iam dictæ ad instar aliarum actionum competere & concedi videntur: vt in his nulla speciali imploratione opus esse videatur, aut in quauis actione alia eadem officij imploratio sit admittenda. Et *ex cap.* doli vel metus, non restitutio in specie imploratur, sed simpliciter actio petitur. qua de causa à Dd. sub materia restitutionum ista tractari non solent.

LIT. D.

Ait in thesi, quia successoribus etiam hoc beneficium detur, ideo reale censendum. Atqui hac ratione actiones ex quacunque obligatione fuerint reales: verum an remedium vel actio aliqua realis sit, non ex eo, cui, sed potius in quẽ detur, æstimandum est *arg. l. 25. de oblig. & actio.* Neque obstat, quod priuilegia personalia cum persona extingui dicuntur *l. 196. d. reg. iur.* quoniam restitutionis beneficium, non iure priuilegij, sed magis remedii juris communis censetur: Et recte *Sf. Odd. q. 50. art. 1. n. 8.* restitutionem non certæ personæ, neque tam ob habilitatem eius, quam ob conuersationem patrimonii cõcedi: neque restitutio ex mera gratia, sed ipsa quoque iustitia & æquitate dictante tribuitur, vt recte Bart. citatus ab *Odd. d. art. 1. add. Gabr. Mud. ad rub. C. de fideiuss. min.* Cæterum in hac quæstione inter causas restitutionum distingui oportet: siquidem actio doli, & de alienatione iud. mut. &c. mere sunt personales, actio quod metus causa, origine personalis, sed in rẽ scripta, actio rescissoria ex capite de maioribus fere realis minores restitutionem implorant contra personam cum qua contraxerunt, sed aliquando actio contra tertium porrigitur *l. 13. §. 1. h. t. Accurs. in l. 9. ff. eod. v. etiam Sf. Odd. quæst. 31. art. 17. Fr. Cald. in com. ad l. 3. C. de rest. in integ. verb. implorare.*

Vnde aduersus quemcunq; possessorem.] Hæc vero manifesto vitiosa est illatio: si quidem aliud est reale dici respectu actoris, aliud respectu rei. Et cum Tr. hac ratione reale hoc remedium esse in th. concludat, quod transeat in hæredes, ex hoc, aduersus quemcunque possessorẽ illud dari, pessime infertur. Sed & hoc ipsum, quod restitutio cõtra quemcunque detur possessorẽ, iuxta paulo ante notata non generale, sed speciale est, tanto magis, si ex ipsius sententia inter iudicium rescindens & rescissorium distinguat.

Atq; hinc etiam ad heredes.] Hæc quidem otiosa repetitio est eius, quod iam in thesi propositum erat: neque recte cum eo quod de tertio possessore propositum erat, coniungitur.

Non item ad fideiussores.] Atqui si recte remedium reale dicitur, etiam his proficiet *arg. l. 7. de except.* Sed vtique male indistincte hoc negatur, & perpetuum hunc errorem erat Treut. vt specialia tanquam generalia proponat. Etenim exceptionẽ doli & metus etiã fideiussoribus competere, docet *d. l. 7. de excep.* Sed nimium in causa minorum præcipue hæc quæstio controuertitur: vbi *Anton. Fab. 8. cõiect. 1. 2. 3. & C. de fideiuss. Minor. definit. 1.* eo demum casu fideiussori beneficium restitutionis non prodesse concludit, vbi contemplatione juris prætorij, & ob metum restitutionis fideiussor acceptus fuit. Verum hic casus dubium non habet, quod obseruat etiam *Gab. Mud. ad l. 2. C. de fideiuss. min.* & in dubio fideiussoribus non succurri, neque remediũ personale ipsis prodesse, probatur *ex l. 1. & 2. C. de fide-*

de fideiuss. minor. quibus locis docetur, etiam cõtra ipsos fideiussores, ne actione mandati experiri possint, restitui minores. Vtique æquius videtur vt in damno moretur fideiussor, quem, vt sibi rectius consultum esset, creditor accepisse præsumitur *arg. l. 13. in pr. de min.* & restitutio non tollit obligationem, sed tantum eximit minorem, *Salicet ad l. 2. C. de fideiuss. minor. nu. 3.* His consequenter, sicut æquum est creditorẽ in damno non morari, ita eadem suadet æquitas, fideiussori succurri, si creditori, ne in damno moreretur, aliter sit consultum. Quæ probabilis eademque communissima Dd. sententia est teste *Sf. Odd. q. 48. art. 5. Maurit. c. 14. Gab. Mud. in l. 2. C. de fid. min.* quæ firmatur *ex l. minor. 51. in prin. de procurat.* vbi actori contra principalem reum actio salua manet: (licet speciale in iudicialibus esse, *ex Dd. notat Sf. Odd. d. q. 48. art. 6.* eo quod ibi fideiussor obligetur ex processu sui principalis *l. vltim. in fi. C. de vsur. rei iudicat.* (& ex *l. pupillus. 89. de acq. hered.* vbi creditoribus salua est actio contra debitores hereditarios: licet ibi quoque specialis ratio dari possit, quod cum fideiussor ibi pro pupillo tanquam herede intercesserit, pupillo abstento vel contra aditionem restituto, & ita effectu non amplius hærede, fideiussorem conueniri, fuerit iniquum. Quo videtur respexisse, Fulgosius qui referente & probante *Odd. d. qua. 48. art. 1.* regulam *l. 1. C. de fideiussor. minor.* ita putauit limitandam, nisi fideiussor interuenerit pro minore ratione bonorum: id est, non eo quod minor erat, sed quod non soluendo esse putabatur: quam sententiam latius confirmat *Gabr. Mud. in l. 2. C. de fideiuss. min.* quod eiusmodi casibus, (velut in specie *l. 89 C. de adq. her.*) creditores in minorem incidant, & quod satisdatio ex conditione ipsius negotij, & quasi ex necessitate quadã, sicut a quouis maiore interponatur: quæ in effectu est sententia & distinctio Ant. Fab. Aliam limitationibus tradit *Odd. art. 4.* si minor non possit restitui contra fideiussorem: ne alias restitutio inutilis sit minori, quod fideiussor exactus contra ipsum haberet regressum: *v. etiam Fr. Cald in l. 3. C de restitut. min. verb. minoribus n. 46. Zanger. de Except. part. 3. cap. vltim. num. 59. & seqq. Hering de fideiuss. part. 5 c 17. n. 113.*

Secus in beneficio *l. 2.*] Atquin si bona ratio Treut. *in th.* quod heredibus competat, etiam remedium *l. 2.* reale dici possit. Sed nimirum Tr. hæc confundit, & est de hoc alius tractandi locus *infr. p. 2. disp. 2. th. vlt.*

Hinc etiam est quod ad litis consortes.] An quia restitutio contra tertium possessorem, an quia heredibus datur? neutrum plane: adeoque cum duo illa præmittantur, male ita loquitur, tanquam hoc ex illis inferatur. Ratio autem pendet à rei indiuiduitate, quæ facit vt restitutioni non nisi in solidum locus esse possit *Salic. ad L. Vnic. C: si in cõmuni eademq; causa in integr. Ant. Fab. ibid. Coler. decis. 273.* adeoque nisi prodesset maiori, non prodesset minori: vt recte *ex Dd. docet Sf. Od. q. 46. art. 4.* vbi etiam art. 5 ex hoc in materia ista inuisibilitatem æstimandam & definiendam ostendit. Atque hæc in litis consortibus maioribus: cæterum si minores sint, his etiamsi res diuidua sit, restitutionem ab vno consorte petitam prodesse statuit *Odd d. qu. 46. artic. 2.* A quo dissentio: vel quia minor potest beneficio restitutionis non vti, vel potius, quia vt Baldus ibidem citatus speciali hic mandato opus est. Neque obstat exemplum appellationis *ex cap pen. de appellat* quia hoc remedium ordinarium est, ex præsumpta iniquitate sententiæ æqualiter etiam maioribus concessum: restitutio autem petitur ex errore & lapsu, qui in minoribus tantum, non in maioribus toleratur. Frustra etiam adducitur *l. vn C. si in commun. caus.* cuius hæc resolutio est. Soror transegerat de re communi fratribus inconsultis. Transactionem istam ratam habent fratres (alias enim nullo modo ipsis præiudicat *d. l. vn. in prin.*) vel adhuc minores, & restitui in integrum possunt: vel iam maiores, & non possunt neque ex persona sororis quæ adhuc minorennis proponitur. Ratio dubitandi erat, quod cũ soror sola negotium commune gessisset, commune etiam restitutionis auxilium videbatur esse debere. Ratio decidendi in contrarium est, quod propter ratihabitionem sequutam perinde habetur, atque si ab ipsis fratribus negotiũ gestum fuisset. Ergo verba hæc legis, *hi consensum post 25. annos,* &c. quæ vrget Sf. non hoc probant, quod si minores sint, ipsis restitutio posit, sed quod hoc casu non secus ac ipsa soror restitutionem implorare possint: de quo etiã tantum, non de petita restitutione *in d. l. vn* tractatur. Illud admiserim, restitutionem communi nomine petitam, à consortibus minoribus ratam haberi posse: cum alias etiam, sententia ipso iure nulla fauore minoris ætatis sustineatur.

LIT. E.

Quo postulatio impeditur executio,] Iniuriam hic

hic facere videtur Baldo, quem pro diss. citat. quoniam hic de nullitate agit, quod ea allegata non impediat executionem, idque ita regulariter obtinere docet *Vant. de nullitat. c. 6. quomodo & quibus modis, &c. n. 29. 31.* Porro *l. vn. C. in integ. post. il. rest* generalis est, *de quo Sf. Odd. q. 24.* Tr. autem hoc ad speciem de restitutione cōtra sententiam petita transfert, qua de re late *Sf. q. 43. art. 1.*

Et si à principe.] Nimirum prætextu iniustitiæ & iniquitatis sententia principis impugnari non potest; petitio autem restitutionis non sententiam arguit, sed errorem & lapsum prætendit, vt bene tradit *Sf. q. 43 art. 2.*

LIT. F.

Nisi forte morandi animo.] Si videlicet suspicio sit calumniæ & malitiæ: neque enim constare liquide de hoc oportet, vt loquitur Treur. sed etiam præsumptiones sufficiunt: quod prolixe & distincte euoluit *Sf d q. 43. art. 5. Menoch. lib. 2. præsumpt. q. 74.*

THESIS III.

LIT. A.

Olim erat annus vtilis.] Hodie quadriennium continuum. Quod ratione cursus vulgo accipiunt Dd. currere autem incipere non nisi sciēti, de quo mox lit B. Quo admisso cū Iason. hic improbato, tempus istud quadrienni j vtile dici potest: quoniam duæ illæ qualitates, currere à die scientiæ & currere diebus fastis, ex quib⁹ vtile tempus æstimatur non semper simul coniunctæ, sed aliquando separatæ sunt. Tempus a. hoc quadriennij toti & vniuersæ restitutionis quæstioni præstitutum est: quod recte etiā not. *Gabr. Mud. in l. vlt. C. de temp in integ. rest. Menoch. lib. 2 præsum. quæst. 71* & longe mittendus nūtius sententiæ Dd. qui memores erroris sui de duplici iudicio rescindente & rescissorio, quadrienniū hoc ad illud, quo scilicet restitutio petitur; cæterum iudicio rescissorio hodieq; annum, vtilem præfinitum existimant *Br. & D. l in l in honor. 35. dict O. & A. Don. in §. rursus in l. de act. n. 8. & alij in citati supr th. 1. lit C.* Atqui Iust. *in l. vlt. C. de temp in integ. restit* annum vtilem a republ. se separare profitetur: neq; dubium est ex ead. leg. quadriennium surrogatum esse in locum anni vtilis: quod tempus vniformiter iure veteri restitutioni definitum fuisse, pro certo habendum est.

Alia nec minoris momenti hic expedienda quæstio est de tempore instantiæ. quamdiu ea duret. In quo iterum plerique Dd. vulgato errori inhærentes, rescindens quidem iudicium intra quadriennium finiendum, actionem autē rescissoriam litis contestatione perpetuari existimant *teste Gab. Mud. in l vlt C. de tēp. in int. rest. Sf Odd. q. 21. art. 5.* Cæterum etiam ij qui vnum tempus statuunt, quin intra quadriennīū illud instantia & controuersia finienda sit, ne dubitant quidem, hoc quippe omnes tenere ait *Odd. q. 19. art. 4. n. 38.* adeo vt post quadriennum latā sententiam ipso iure existimēt esse nullam *Odd. d q. 19. art. 12 post. Castr. & alios in l. pen. C. eod. ex l. vlt. vbi Dd. comm. omnes C de temp. in integ. restit.* ibi. *ad interponendam contestationem finiendamq; litem* Verum sententiæ isti obstat. 1. Quod Iust. instantiæ in causis ciuilibus triennium præscripsit *l 13. C. de iudic.* neque enim videtur probanda eorum sententia, qui *ex dict. l. vlt.* exceptionem petunt *ad l 13. C. de iud Gabr. Mud in dict. l. vltim in fin.* Alij ineptius finiri instantiam triennij, sed inter id quod superest de quadriennio, aliam competere instantiam, *Castr in dict. l. vlt.* 2. Quod ex notissima regula iuris litis contestatione actiones perpetuantur. 3. Quod communissima illa sententia repugnet naturæ omnium aliarum actionum (de actione doli infra agemus) quibus præscriptum est certum tempus, intra quod nimirum non finiendæ, sed in iudicium introducendæ sunt. 4. Fortissime mouet ratio ab absurdo, quod cum tempus actionum currat è momento in momentum, ita vt etiam postremo die liceat mouere actionem, fieri vtique non possit, vt eiusmodi casibus, instantia intra quadriennium a Iust. præscriptum, quod videlicet ab eo tempore, a quo olim annus vtilis, currere incipiat, finiatur, neq; tamen nondum elapso tempore negare possis actionē. Rectissime igitur ait *Cald. in comment ad l. 3. C. de in integ rest. verbis infr tempora, n. 1. in fin.* intra totos quatuor annos peti posse restitutionem, (ita enim iure veteri intra annum vtilem experiri licebat) sed cepta controuersia currere trienniū *ex l. 13. C. de iudic.* Sed illud eiusdem nimis violentum, quod *in d. l. vltim.* pro *finiendam*, vult legi, *faciendam*, & *in Clement vn. de restit. in integr.* pro *finiri inchoari.* Existimo *in d. l. vlt* litem non esse explicandam de instantia, sed de actione: & verba, *interponendam contestationem finiendamq; litem*, non ad vnum, sed ad duplicem casum referenda esse, de quo *in d. l. vlt* tractatur, restitutionis videlicet minorum & maiorum: ad illā, quod de interponenda contestatione ad hanc,

quod

quod de finiẽda actione dicitur, pertinet, quod scilicet restitutio minorum nõ remedio actionis, sed mero officio prætoris expeditur. Et sane facilius ita *d. l. vlt.* quam rationes supra adductæ curari possunt, quomodo etiam explicare potest *Clem. vn. de restit. in int.* quamuis Pontifices plerumque errores communes secuti fuerint.

Illud non improbabiliter.] Hoc non tam tenẽdum, quam liquido potius affirmandum videtur, quod enim pro certo tradit *Sf Odd quæst 19. art 3.* quadriennium illud non pertinere ad actionem doli vel metus: cum etiam Iust. tantum *in d. l. vlt.* faciat mentionem restitutionis minorum & maiorum adiecta nominatim mẽtione absentiæ & alterius impedimenti, ne quis ad aliud restitutionis genus illud trahere possit. Neque nouum est, sub titulo generali proponi specialia. Quin imo leges omnes sub eo titulo pertinent ad restitutiones minorum & maiorũ, quæ etiam in specie & in iure nostro, & ab interpretibus restitutionũ nomine venire solent. Vtique circa expressum textum correctio iuris antiqui, maxime L. Codicis *l vlt. C de dol.* induci & præsumi nec potest nec debet.

In camera non obseruari.] Nihil necessum erat hoc admonere, cum triennium illud Iustin. in nullis amplius iudicijs, tantum abest vt in Camera seruetur, aut seruari possit. *v. VVesembecij comment. in lib. 3 C. ad L. 13 de Iud. n. 20.*

LIT. B.

An ignorantia hinc subducatur.] Verissimam puto negatiuam Treut. sententiam contra Dd. vulgo qui à tempore scientiæ demum quadriẽnium hoc currere statuunt, quam omnium cõmunem sententiam esse, restatur *Odd q. 20. art. 4. Gail. 2. obs 48. Cald in l. C. de rest. in int. u. in. vero. Infra tempora n. 3. Tessaur. decis. 13 4 n 4 Couar. in cap. malæ fidei de R I p. 3. c. 3. n. 3. VVesemb cons 5. n. 32. Tiraq. d. retract gent. §. 35 gl 4. n. 44 Catell. Catt. in memor. verbis tempus quadriennij. Crauett. dict. antiq. temp. part. 4. vers materia n 57. Boer. dec. 39. n. 4.* adeo vt etiam vsque ad centum annos petendæ restitutioni faciant locum, quod ex Baldo & alijs in terminis tradit *Boer dict loc.* Quę quidem sententia rationem iuris & ipsum ius ciuile, totumque vsucapionum ius euertit: neque vero absentia meliorem debet facere conditionem eius, contra quem si absens non fuisset, etiam ignorantem vsucapio cum effectu impleta fuisset. Et vero disertè probatur *ex l. vlt. C. de temp. in int. rest* quod quadriennium illud minoribus quidem ab exacto 25. anno, maioribus autem ex die sublati impedimenti currat. Nec quicquam adeo obstat collatio vtilis anni cum quadriennio isto *ex d. l. vlt.* quoniam etiam annus ille vtilis non à die scientiæ, sed itidem impedimenti cessantis currebat *l. 5. C. ex quibus caus. maior. l. 18. C. de post lim. reuers.* & vtilis dicebatur vel ratione durationis & cursus, vel potius quoniam non à die læsionis, v. c. quo vsucapio absente aliquo impleta erat, sed, vt dictum est, à die sublati impedimenti currebat. Ratio autẽ, qua ex Dd. *Sf de loc.* mouetur, quod frustra dicatur currere tempus ignoranti, cum ex capite ignorantiæ restitutio concedatur, falso nititur præsupposito, quod refutabitur *inf. th. 17 lit A.*

Nisi tamen reclamarit.] Dubium facit, quod elapso tempore, actioni à lege præscripto actio ipso iure tollitur. Equidem ex ratione iuris veteris speciale dici possit in restitutione minorum, quæ petitur implorato officio iudicis: verum & huic hodie quadriennium præfixum est. Facit *quod Bald, Castren. & alij in l pen. C de temp. in int. rest* tradunt, etiamsi recte ceptum sit iudicium, si tamen post quadriennium sententia feratur, eam ipso iure esse nullam: & in terminis *Sf Odd. p. 1. q. 19. art. 5.* (quem sequor contra *Franc. Caldas in sæpe d. l. 3. verbis infra tempora n. 1. in fin.*) ita post quatuor annos restitutionem peti non posse tradit, vt super ea de facto petita, sententia lata, ipso iure nulla sit. Plane sicut alijs casibus, quibus ipso iure actio sublata est, nihil opponente parte, cuius factum supplere iudex non potest, ita hic quoque de facto, si iudex elapsum quadriennium ignoret, sententia ferri & sustineri possit.

Etsi minori tempore læsus.] Articulum hunc difficilem vocat *Ord p. I. q. 19. art. 4.* vbi docet hac in re dissentire legistas à Canonistis & recte sentit contra Maurit. & Mud. *in d. l. vlt. C de temp. in int. rest* non debere plus restitui, quam abstulit læsio, quod scil noceat negligentia, per quam intra tempus illud non perijt restitutionem: & Ias. *citat. loc.* intra tantum tempus restitutionem petendam docet, quanto quis fuit læsus, Itaque sententia probatur *ex l 15. §. 3. l 16 § 8 l 18 §. 3 ex quibus caus. maior. fac. l 10. §. 20. quæ in fraud cred.* veluti si ponas vsucapionem contra aliquem cœptam, & vsque ad dimidium annum completam, & hunc per dimidium illum annum Reipublic. causa abfuisse, absurdum sane fuerit, rescisso integrum annum vtilem vel

non poterit violari: quod & tradit *Castr. in auth. Sacramenta, C. si adu. vend. nu. 9.*

LIT. C.

Prætor rescindit.] Et ergo actus non est ipso iure nullus: quod alias non opus esset restitutione. Idq; rationes Ethicæ ostendunt, quod violentia illata non tollit voluntatem & electionẽ, cum etiam, omne minus malum in comparatione maioris quod euitatur, habeat rationem boni, quod voluntatis est obiectum. & aliquot rationibus confirmat *Arist. 3. Eth. 1.* actiones metu extortas non ad inuitos, sed ad voluntarios esse referendas. Neque adeo distinguendum hic puto inter contractus stricti iuris & bonæ fidei, neque inter metum incidentem & causam dantem contra Cui. *in l. 36. d. V. O.* de qua re cum Tr. agemus *infr. disp. 28. th. 2.*

LIT. D.

Ad refundendum] Atquin hæc actio etiam in quadruplum est.

Vel exceptionem] Varie hoc edicto succurrit prætor, vt docet *l. 9. §. 3. & seqq. h. t. Cuiac. ad Paul. 1. sent. 7.* ita vt & in eadem specie actio & exceptio concedatur, quæ proponitur *in dict. l. 9. §. 3.* vbi apparet, contra quam putat gloss. Pomponium reprehendi in secundo membro, quo re imperfecta tantum exceptione dixerat esse locum. Et in specie illa extortæ cautionis actio ad id quoque vtilis est, vt si non acceptam ferat cautionem, condemnatio in quadruplum sequatur. Quod autem re perfecta interdum sit locus exceptioni, admittit. Vlp. quod Br accipit de casu vbi res forte ad eum qui metum passus est, rediit: quamuis etiam vbi promissio sola facta est, res suo modo perfecta dici possit.

LIT. F.

Non opus est protestari.] In ipso videlicet actu, dum vis infertur: cæterum postea super metu illato contestationem in tempore vtile & aliquando ob circumstantiam personæ, quæ vim intulisse dicitur, necessarium videtur, vt in specie *l. 2. Cod. de his qui propt. met. iud.* ad quam L. cum se referat *Accurs. in l. in omnibus. de R. I.* male à Tr. pro diss. adducitur. Est plane ibi specialis casus, quo contestatio non tam ad probandum metum, quam ad inducendum effectum appellationis interponitur; vt adeo in dubio & regulariter nulla tali contestatione aut protestatione opus sit: quoniam metus & vis æstimatur ex re ipsa, & qualitates proprias, quibus arguatur & designetur, habet.

THESIS V.

LIT. A.

Personalis quidem.] Origine videlicet, quia ex delicto nascitur: cæterum an actiones personales an reales sint, ab obiecto, contra quem videlicet dantur, æstimari solet: & cum adeo actio quod met. caus. possessorem quemuis persequatur, recte in rem scripta à Dd nuncupatur: eodemque redit, si ideo persequi possessorem dicas, quia in rem prætor verba edicti concepit: *quod metu gestum erit*: in quo ieiune subtilis est *Coras. 1. misc. 22.* quamuis etiam ea verborum conceptio non operari possit plus quàm ipsa res, nec protinus efficiat, vt contra omnes possessores actio detur, *arg. l. 1. §. 1. de dolo malo.* neque hoc ignorauerunt Dd vt patet *ex not. Br. in l. sed & ex dolo. §. vlt. de dolo mal.* de quo pluribus *th. seq.* C. De mixtis actionibus dicemus *infr. disp. 19. th. 1.*

LIT. B.

Est arbitraria.] Inseritur hic tractatio non expedita de arbitrarijs actionibus, quæ iuxta varia exempla *in § præterea, Institut. de action.* aliæ sunt in rem, aliæ in personam: & ex his rursum, quædam ex contractu, quædam ex delicto. Sunt item arbitrariæ aliæ natura sua, aliæ ex accidenti, velut actio ex stipulatu, si alio loco agatur *l. 1. & 2. de eo quod cert. loc.* Ait autem primo Tr. quod non sint bonæ fidei, sed tertium gen⁹ constituant, quæ communis est Dd sententia *in dict. § præterea.* Cui non obstat, quod *in fin. d. §.* idem de his, quod de bonæ fidei actionibus *in § præced.* affirmat, *quod iudici ex bono & æquo permittatur æstimare, &c.* quoniam phrasis illa, æstimare ex bono & æquo, duplicem admittit explicationem, & dupliciter fieri potest, & secũdum naturam actionis, & propter extrinsecus accidens: illud in bonæ fidei iudicis, hoc in arbitrarijs, vt post Dd. tradit *Iason. add. § præterea in pr. & n. 41* si quis *d. vers. vlt.* ad specialem actionẽ arbitrariã, de eo quod certo loco, referre velit. Deinde definit Tr. actiones arbitrarias, in quibus iudex tanquam arbiter honorarius, &c. Verum hæc definitio particularis est, quod scil. actionum harum non vna natura est, vt pluribus tradunt *Ioh. Fab. & I. s. add. §. præterea.* & in summa duo genera, quæ confusim à Iustin. proponuntur *in dict. §.* vel enim ita dicuntur, quod totum arbitrio iudicis cõmittitur, velut in actione de eo quod certo loco: vel ideo, quia arbitrium iudicis aliquod sententiam definitiuam præcedat. Tentari tamen possit actionum arbitrariũ

Cc eandem

eandem ferme, quæ actionum bonæ fidei esse naturam: sed quoniam ista appellatio actionum ex contractu propria erat, ideo actiones reales & quasdam ex delicto, imo etiam stricti iuris, quæ eandem æquitatem, & officij iudicis laxitatem postulabant, diuerso nomine arbitrarias appellatas fuisse: (vnde etiam his exceptiones doli inesse videntur *arg. l. sumtus 48 de R V. l. 38. & vlt. de pet. hæred.*) quod in ijs quoque non dissimiliter atque in bonæ fidei iudicijs arbitrio iudicis satisfieret actori: quod probatur *ex fin. dict. §. præterea* (quem nodum negat se expedire posse Iohan. Fab.) qui vnam aliquam actionis speciem restringi non potest: sicut & Dd. illa distinctio inter officium actioni proprium & accidentale, omnino commentitia est: quoniã hæc est istarum actionum natura, vt qui non restituit vel soluit, in aliud aut amplius condẽnetur: & quod de arbitrio, & sententia quadam interlocutoria, definitiuam præcedente communissime traditur, ipsum dubium est, de quo agemus *lit. F.*

LIT. C.

Intra menses quatuor à sententia.] Videlicet interlocutoria, siue arbitrio eo, quod ex opinione communi definitiuam præcedit. Verum rectius sentiunt, qui hoc arbitrio iudicis committunt: vel quia hæc interlocutoria tantum est, qua, vt ipse Treutl. lit. præced. iudex tanquam arbiter quidam rerum aliquid facere iubet: vel potius, quia existimo constitutionẽ Iustiniani de quadrimestri spacio iudicatis dando, ad actiones personales, in quibus de pecunia soluenda agitur, minime autem ad eas, in quibus de restituenda re & corpore certo, quod penes reum est, pertinere: & ei qui rem penes se habeat, facileque restituere possit, absurdum fuerit quatuor mensium inducias concedi: de quo agitur etiã *infra disp. 26. th. 7. lit. B.* Cæterum apud *Bart.* citatum *in l. 2. C. de execut. rei iud.* hac de re nullum verbum.

LIT. E.

Quod tamen non vna eademq; sententia.] Probatur hæc Treut. sententia primo *ex prin. sæpe d. §. præterea, Instit. de action.* ibi, *nisi arbitrio iudicis satisfaciat, condemnari debeat*: videlicet vel in quadruplum, vel quanti actor in litem iurauerit *l. 14 §. 1 & seqq. quod met. caus. l. 68. de rei vindicat. 2. ex § quadrupli l. de act.* ibi, *qui iussu iudicis.* Amplius *ex dict. l. 14. §. hac autem 4.* vbi facultas restituendi dicitur, vsque ad sententiam ab arbitrio datam: ex quibus verbis colligitur, post arbitrium & iussum iudicis, à quo hæ actiones denominantur, intercedere aliquod spacium, vt qui ad sententiam definitiuam, vt adeo procul dubio errent, qui duplicem hic petitionem, duplicemque libellum requirunt, (à quibus non videtur alienus *Iohan. Fabr. in fin. dict. § præterea*) & duplicem sententiam definitiuam *gl. ff. in §. quadrupli l. de actionib.* Et ergo eod. hæc iudicio tractantur, & non parenter eo ab eod. fertur definitiua. Accidit tamen, vt iussum illud degeneret in definitiuam, si v. c. in rei vindicatione actor ipsam rem habere, quam iuramento in litem æstimare malit: hic enim iussum de restituendo: executioni omnimodo mãdatum esse, responsum est *in l. 68 de rei vind.* licet eum locũ à Tribonian corruptum esse probabiliter disputat *Ant. Fab. l. conie. 7.* de quo infra *disp. 15. th. 10.* Cæterum *Zas. in §. quadrup. l. de act. in fin.* post alios, totũ hoc, & vt restituere iubeatur, & sub conditione non factæ restitutionis condemnetur, vna sententia expediri existimat: quod nõ conuenit textibus paulo ante citatis *in §. quadr. & § præterea. l. de act. & l. 14. §. 4 h. t.* Tentari posse crediderim, vt forte admonitio aliqua de restituẽdo procedere potuerit, ita aliquod speciale arbitrium aut sententiam de restituendo, necessariam non fuisse, sed facultatem restituẽdi ex ipsa natura actionis & formula reo cõpetijsse: re intra moras iudicij nõ oblata præstita cõclusione in causa facta, iudicem simpliciter in quadruplum, vel quãti in litem iuratum fuisset, condemnasse: in quam opinionem inclinat doctiss. Wesenb. *in par. hic n. 6 fac. l. 14. §. 1 h. t.* quæ probat facultatem illam restituendi nõ ex iussu aut arbitrio iudicis, sed ex cõcessione & edicto prætoris descendere: secundum quod ita etiam conceptam fuisse formulam *arg. d. l. 14. § 3. in fin. Si res non restituatur, condem.* Mouet quod etiam in actionibus bonæ fidei, qui rem non restituit, quanti actor in litem iurauerit, condemnatur: nec vllibi tamẽ iussum aliquod speciale præcedens requiri legimus: admonitionem autem aliquam interuenisse, non repugnauerim, quale quid de actione doli probatur *l. 18 in pr. de dolo mal.* Non igitur à sententia illa preuiã, sed quod arbitrio iudicis actori satis fiat, dictas has actiones statuendam est: vt so. talsis aliquando iudex rectà ad restituendam rem ex causa potuerit condemnare, *arg. l. 68 de rei vind.* quod tamẽ vix permissum fuerit iudici pedaneo, at bene magistratui, de quo *d. l. 68.* interpolata à Triboniano, videtur accipienda.

Dignum

Dignum annotatione.] Dignum notatu esse ait, quod *l. extat 13. h. t.* etiam porrigatur ad eum, qui rem non debitam nomine crediti occupauit. Atqui maior ratio est, vt hic teneatur pœna illa quam qui ipsam rem debitam occupauit. Quod tum ratio suadet, quia in re sibi debita ius aliquod habere videtur creditor, tum argumentum ab actione furti, qua negatur teneri creditor, qui abstulit rem sibi pignoratam, *l. 55. de furt.* & emptor qui soluto precio rem sibi venditam amouit *l. 14. §. 1. de furt.* qui tamen procul dubio furti tenerentur, si prætextu illius debiti aliam rem amouissent. Licet tamen illi furti non teneantur, ius tamen crediti eos amittere recte defendi potest ex generali textu *in d. l. 13. h. tit.*

Iudicis incompetentis.] Intellige si iudex manifesto incompetens erat, & talem esse creditor sciebat, cæteroquin creditor excusatus erit.

Non tamen recte ad eum.] Quod vis adhibita non fuit, satis hunc creditorem excusare non potest, propter generalia verba *d. l. 13. h. t.* sed patrocinium à conuentione petendum est: quod scil. præsumi potest existimasse creditor, durare eandem voluntatem debitoris, qua concurrente, cessat pœna *d. l. extat. h. t.* Ideoque aliud dixerim, si siue facto, siue verbis repugnante debitore, creditor fuerit ingressus: quod scil. ex ratione iuris ciuilis hoc quodammodo excedit naturam conuentionum, vt ex ijs ius priuatim apprehendendi possessionem tribuatur: eaque sententia est *l. 3. C. de pign.* vtcunque præcesserit conuentio, autoritate tamen magistratus possessionem apprehendendam esse. Neque dubito errare eos, qui hic inter detentionem simplicem & possessionem distinguunt, & ius quidem ingrediendi, & in possessione manendi, sed non possidendi ex conuentione propria etiam autoritate vsurpare posse existimant. Enim verò Impp. simpliciter factum ingressionis improbant, & hactenus vt creditor a violentia excusetur, conuentionem patrocinari docent: & in specie illa non de nuda ingressione, quæ nullius fuerit effectus, sed ipsa possessione conuentum fuisse, ratio ipsa, pignoris natura, & verba *L. possessionem exercent*, non obscure euincunt, *v. Salic. ad L. 3. C. de pign. Col. in process. execut. part. 1. c. 5. n. 17 & seqq. & part 3. c. 5. n. 17.*

THESIS VI.

LIT. A.

Dolus malus quid sit.] Remittit nos ad definitiones Seruij & Labeonis *in l. 1. §. 1. & 2. de dol. mal.* quo loco licet huius definitionem Vlpianus probet, ea tamen definitione Seruij videtur esse vitiosior; nam & eam definiendi rationem, qua Labeo vtitur, vel centum Synonima liceat cumulare.

Non esse subdititia.] Magis placet contra Tr. sententia Hottomanni tum quia verba illa, *machinationem quandam alterius decipiendi causa*, apud Ciceronem non extant, tū præcipuè, quod reprehensio subiecta directa est contra illa sola verba, *cum aliud simulatur aliud agitur*; quæ reprehensio, cæteris verbis adiectis, inanis & manifesto falsa futura esset.

LIT. C.

Actionem rescissoriam] Haud scio, an ita hæc actio in iure nostro appelletur: & est ea eius naturæ, vt competat ad interesse, nisi arbitrio iudicis satisfiat *l. 18. in pr. & §. 1. h. t.* & eam rescissoriam esse negat *VVesemb. in paratit. hic nu. 7. in fin.*

Qua personalis est.] Cornicum hic oculos configere voluit Corasius, eodem modo hanc, & actionem quod metus causa in rem scriptas esse contendens ex frigida ratione, quod etiam in edicto de dolo malo ita loquatur prætor: *quæ dolo malo facta esse dicentur, &c.* Etenim non ex illa nuda conceptione verborum, sed ex ipsa natura & qualitate totius actionis de hoc statuendū est, quod videtur innuere Bart. *in l. 15. §. vlt. h. t.* Neque obstat, quod actio doli etiam in alios, ad quos aliquid peruenit, datur: quoniam non datur, vt ita loquar, integra, sed magis sub qualitate actionis in factum, vt turpe lucrum auferatur: quod in omnibus actionibus ex delicto obtinet, quæ non nisi ineptè ex hac causa in rē scriptæ dicerentur: atqui actio quod met. caus. tota, & perinde vt aduersus ipsum, qui metum intulit, aduersus tertium possessorem conceditur. Et ipse Coras. *edictum in l. 1. §. 1. depos.* ex quo actio merè personalis est, in rem scriptum esse admittit, sed frigidè replicat, aliam contractuū, aliam delictorum esse rationē: quoniam ex hoc ipso euincitur, a sola conceptione primorum verborum edicti huius rei decisionem non esse petendam.

LIT. D.

Cum doli exceptione.] Duo mouet Accurs. tum quod ex eadem causa descendat actio & exceptio doli *l. 2. in pr. de exception. dol.* tum quod actio metus cum exceptione concurrat *l. 9. §. 3. quod metus caus.* Verum diuersa ratio est, vel quod nec exceptio nec actio quod met. caus. famosa est, vel quod interest eius qui metum

passus est, actione quod met. caus. experiri, per quam non facta restitutione quadruplum consequatur.

LIT. E.

Neque cum actione ulla.] Varia huic assertioni objiciuntur, quæ prolixius hic non exequimur, quoniam hic nihil singulare habemus: & illud de actione præscriptis verbis ex art. facio vt des, *ad disp. vlt. hac part.* 1. remittimus. Dubitari sane potest annon cum actione alia famosa concurrere possit actio doli: quod non improbabiliter tentat *Ant. Fab decad. 9 err.* 4. à ratione cessante prohiberi concursus *in l.* 1 §. 4. *h. t.* tum etiã *per l.* 1. *C. h t. iuncta l.* 50. §. 1. *mand.* ex quibus locis probatur concursus actionis mandati, quæ famosa est, duriusculum enim videtur, vt cum *Cuiac. post Gloss in l* 1. §. 4. *hoc tit.* actionem doli *in l.* 1. *C. eod.* de actione mandati quæ nomine doli mouetur, explicemus. Neque obstat quod *in l.* 5 *h. t* actio tutelæ & ipsa famosa, excludit actionem doli: quia est de casu singulari, diuersarum personarum, & vt vnius famæ consulatur, actio tutelæ potius in tutorem conceditur, cuius in ea specie maior est culpa. Cæterum vbi contra eundem vtraque actio est, nihil eius interest, vtra cõveniatur. Neque dubitauerim cum actione doli actionem aliam famosam ex delicto priuato concurrere, quod etiam firmat *l.* 18. §. 3. *de dolo iuncta l.* 52 §. *maiora* 22 *de furt. v. Cels Bargalius de dolo libr.* 4. *c.* 1 *q.* 13. *n.* 78 *& seq.* In quo desidero iudiciũ, *Fabri qui & in l* 7. *& in l.* 18. *de dolo.* concursum actionis furti cũ actione doli negat. Planè qui defendere velit Tr. duplicem rationẽ prohibiti concursus statuere necesse habebit, iudicij de dolo, famositatem, & eiusdem, vt ita loquar, extraordinarietatem: quæ posterior ratio in actione mandati alijsque famosis militat sola, in alijs vtraque.

LIT. F

Nisi cum actione quod metus caus.] Ratio huius rei nõ videtur esse, in procliui. Mihi magis placet ea quam Bart. affert *ad l.* 14. §. 13. *quod met. caus.* quod actio doli non concurrat cum alia pari, sed benè cum maiori & simpliciter existimauerim, vbicunque delictum commissum est, locum esse actioni doli, multoque magis, vbi eiusmodi delictum incidit in contractus, & edicto prætoris, non secus ac dolus vindicatur.

LIT. G.

Attingit hic explicationem *l.* 6 *C h. t.* & cum ipso sentio, parum interesse, siue insidijs, siue indicijs, legatur; verum illud non capio, quod aliud ad hypothesin, alterum ad notionem generis vult referri.

LIT. H.

Ait hic, diuisionem doli in verum & præsumptum defendi posse, non obstante, quod perspicuis indicijs dolus probandus sit. At contra, vbi nõ est locus translationi oneris probandi in adversarium, ibi nec præsumptioni, quia hic est præsumptionis effectus, atqui hic non est locus, quia perspicuè dolus probandus est: & ergo omninò obstabit, quo minus præsumptus dolus admitti possit. Et sanè in hac materia vbi de actione doli cõcedenda quæritur, distinctio ista admittenda non videtur, ne quis ex præsumptionibus tam graui condemnatione afficiatur: alijs autem casibus, & quo ad alios effectus eam admiserim non inuitus.

THESIS VII.

LIT. B.

Etiam filiæ ad renuntiandum.] Assertioni huic triplex limitatio addenda videtur. 1. Nisi dolo inducta sit à patre, quo casu non actio doli, sed subsidiaria in factum datur *l.* 5. *in fin. C. de dol.* 11. *fin. in eod* de quo genere actionis Tr. non loqui ex eo colligitur, quod demum lit. G. actionis illius in factum facit mentionem. 2. Nisi filia sit minorennis: quia ubi ex alio capite restitutio datur, cessat actio doli *l.* 1. §. 6. *h. tit.* 3. Nisi enormissimè læsa sit quo casu ex generali clausula etiam maiores restitui, communis sententia est proposita *supra disput* 6.

LIT. F.

Hæc ratio, cur biennium huic actioni præstitutum sit, quod sit famosa, claudicare videtur, siquidẽ multæ actiones famosæ perpetuæ sunt: nisi ita fulcias rationem, quod hæc actio sit prætoriarum ex numero, quæ, si non sint rei persecutoriæ, annuo finiuntur. *l.* 35. *de obligat* qui annus vtilis *l. vlt D h. tit.* in biennium continuum mutatus est.

Nec litis contestatione perpetuari.] Hoc ijsdem incommodis laborat, quæ supra *th* 3. cõtra sententiam Dd. qui causam restitutionis maiorum & minorum, intra continuum quadriennium omnimodo finiendam statuunt, proposuimus. Et videamus, an nõ commoda explicatione donari possit *l. vlt C. h t.* quæ Dd. quasi inuitos, in istam abripuit sententiam. Nimirum duo mutat ibi, & novè constituit Constantinus in tempore, quod olim actioni doli præfinitum erat vt biennium currat a tempore admissi doli & vt cõtinuo curratcum olim curreret ex die scien-

tiæ, & curreret tantum diebus fastis. Hoc igitur dicere vult Const. *in d. l. vlt.* non esse potestatem incipiendæ actionis post bienniũ, vt dicat quis, si tum demum esse natam actionem ex scientia: nec cœptæ finiendæ, vt dicat quis etiam licet scienti quæsitam & natam, nondum esse finitã, quod videlicet agere non potuerit, diesque fuerint nefasti. Et vt absurdum vitetur, quævis etiã interpretatio tolleranda est, cum præsertim Constantinus eumque secuti Impp. non raro crassius & minus accuratè soleant loqui.

LIT. H.

Aut quanti ea res est.] Plane insubtiliter ait, conuictum iuramento in litem definitive condemnari: quia per iuramentum non condemnatio, sed rei fit æstimatio, quæ per sententiam definitivam actori adjudicatur. Sed & illud non satis rectè, reum juberi restituere, aut condemnari: quia imo hæc coniunctim fiunt, & regulariter arbitrium præcedit: cui si non pareatur, sequitur condemnatio: vt adeò pro *iubetur* substituendum sit *tenetur*.

THESIS VIII.

LIT. B.

Lapsos vel circumscriptos.] Exceptio doli in rem est, quam adeò etiamsi minor restitutionem non petierit, nihilominus fideiussori competere crediderim *Gomez. 2. resol. 14. nu. 4.* Quod autem de lapso per facilitatem subjicit, proprias habet exceptiones, de quibus actum est *supra thes. 2.*

LIT. C.

Mero officio.] Est hoc speciale, quod in cæteris causis prætor subvenit cognitione iudicis, hic cognitione propria, qua de re etiam *Scip. Gentil. 2. de iurisd. c. 22.* Et est tamen hoc non perpetuum: nam & hic aliquando judice dato res expeditur *per l. 13 §. 1. de Min.*

LIT. E. & F.

Primò ætas probanda.] Vide de hac probatione prolixè *Sfort. Odd part. 1. q. 37 per totum. Maurit. cap 315. & seqq. Rebuff de rest. in int. gl. 3. num. 3 Fr. Cald. in l 3 C. de restit. verb. minoribus n 14 & multis seqq.* Parentibus autem eorumque depositioni plus æquo in hac materia tribuere videtur Tr. quoniam hic agitur de probatione ætatis, ad specialem effectum impetrandæ restitutionis: vt merito parentum depositio suspecta debeat haberi: & ob id probanda potius contra Tr. & Maurit. *c. 317.* sententia eorum qui testimonium parentum ad summum facere statuunt probationem semiplenam, quam communiorem opinionem esse colligitur ex notatis *Francisc. de Cald in l 3 C. de rest. in integr verb minoribus. nu. 13* non obstante *l 16. de prob* de qua *Bud. ibid. Ale reg. 2. pr 14 num* 10 facit quod nec libris parẽtum, in quibus natales liberorum descripti sunt, simpliciter plena fides tribuenda est pertradita à *Sfort. Odd d. q. 37. art. 12. & Menoch. de arb iud lib. 2. cent. 2. Casu 116. num. 4 & 5. & lib. 2. præsumpt 51. nu 9 & 10* Quod autem à Treut. de concursu cognatorũ & extraneorum lit F. proponitur, non satis capio, nec de eo quicquam apud citatum *Castrens cons 138.* Planè quantum cognatorum testimonio propter præsumptam scientiam accedit, tantum ei ob falsitatis suspicionem detrahitur.

LIT. H.

Id rectè trahitur ad prodigum.] Ratio qua Tr. vtitur à comparatione quæ est *in l. 3. C de in integr. restit.* manifesto claudicat, maximè secundũ eam sententiam, quam perpetuo sequitur Tr. quod minor etiam sine curatore civiliter obligetur: prodigus autem nec naturaliter contrahendo obligari dicitur *arg l. 40. de reg iur l. 6. de V. O.* adeò vt ex quorundam sententia nec curatore quidem autore aliquid agere possit. Vbi autem actus ipso iure nullus est, frustra quæritur de restitutione, adeoque locus erit quæstioni, vbi prodigus ipso jure obligatus & læsus proponitur: quo casu non quidem ex edicto minorum, sed iure minorum restitui posse prodigum, non absurdè statuere videtur *Sf Odd. q. 3. art. 1.*

Etiam aduersus gesta ante.] Occurrit hic eiusmodi dilemma: quod aut respectu istorum habetur pro prodigo, & restitutione opus non est: aut pro non prodigo, & difficile est, vt cum iniuria alterius, qui bona fide cum eo contraxit, restitutio concedatur: cum præsertim ipse Tr. passim, vt quis prodigus habeatur, interdictionem & decretum magistratus requirat. Nisi fortè eam ante interdictionem hominis conditionem & administrandi rationem proponas, vt contrahens facile eum prodigum esse, & pecuniam malè perditurum potuerit iudicare: hic etenim succurrendum esse prodigo facilè admiserim, *arg l. 8 pro emptore*

An etiam ad rempublicam] Simpliciter hic negat beneficium restitutionis rebus publicis in contrahendo læsis. Atqui *in l. 4 C ex quib caus. maior* rempublicam minorum iure vti dicitur: vix enim est, vt admittenda sit correctio, *maiorum.* Neque satis firmũ argumentum ab inte ip-

tione sumitur, & videri possit ideo sub eum titulum relata illa constitutio, quod Respubl. per se cōsiderata maiori potius quam minori videatur comparanda. Facit *quod in l. 3. C. de iure Reipubl.* dicitur Rempubl. iuvari vt pupillam. Et licet non Syndicos, sed ipsam communitatē contraxisse proponas, non tamen Respub. qua perpetua, & ratione singulorum in cōtinuo est fluxu, in ijs consistit: cum præsertim semper in Republ. multi sint minores, pupilli, &c. qua ratione vtitur *post Dd. Sf. q. 3. art. 9.* vbi communē hanc tradit sententiam, quod etiā aliæ Respubl. præter Romanam iure minorum restituātur, idemque de Ecclesia tradit *d. q. 3. art. 4. post Sich. & Dd. in d. l. 4. C. Ex quibus caus. mai. & Maurit. cap. 417.* Neque obstat *l. 27. de rebus cred.* quoniā restitutio præsupponit obligationem, tantum abest, vt hac posita illa excindatur: facit *ead. l.* à contrario sensu, si pecunia in Republ. vtilitatem versa non fuerit. Non obstat etiam *l. 22. in fin. ex quib. caus. maior.* quoniam non sunt contraria, remp. iuvari vt maiorem, & vt minorem, pro diuersitate videlicet causarū, & prout Respubl. vel propter impedimentum aliquod instar absentis, vel in contrahendo læsa proponitur: quomodo crediderim, quod etiam minor vt ex impedimento aliquo læsus, ex capite de maioribus restitutionem petere debeat: vel eo argumento, quod *in d. l. 22.* edictum illud etiam ad furiosos & infantes pertinere affirmatur. *Adde not. inf. disput. 20. thes. 5. lit. A.*

THESIS IX.

LIT. A.

Initio hac lit. asserit restitutione cōtra venditionē impetrata, pretiū non esse restituendū à minore, nisi emptor in vtilitatē & vsum eius adversum & erogatū probet. Quod etiā communē sententiā referunt & sequuntur *Maurit. c. 215. Sf. Odd. p. 15. q. 47. art. 4. & 5. Cald. in l. 3. C. de restit. in int. verbis, per quod pristinum ius n. 3.* Sed videtur [illegible]a & nimis dura conditio emptoris, & sententia [illegible]a aduersari *l. 24. §. 4. de minor.* vbi vna tantū limitatio proponitur, si emptor tū dederit pretiū, cúm minorē eā perditurū non ignoraret. Neq; obstat *l. 27. 1. de minor.* quia loquitur de mutuo, qui contractus pure voluntarius est, sed ex causa venditionis emptor ad preciū soluēdū necessitate iuris astringitur: quæ differentia apertè proponitur *in d. l. 24. 4.* Præsupponendum enim est, contractū ipso iure validū, & solutionē bona fide factā fuisse *Glo. & Bar. ad L. 10. C. de prædiis min. Ant. Fab. C. si tut. vel curat. interven. defin. 1.*

An verò pace rupta.] Ait, elegantis esse considerationis, an pace rupta, quam minor curatore autore inierat, pœna per stipulationem promissa committatur. Atqui hoc minimè elegantis considerationis esse, imo ne quidem rationem dubitandi habere videtur, cum minorem consensu curatoris contraxisse proponat, quo quidem casu cōtractum validum esse nemo vnquā dubitauit, & validitate contractus præsupposita, non potest non committi stipulatio. Eaque vera decidendi ratio est, sicut illa vitiosa qua Treut. vtitur, ne claudicet contractus, ex qua etiam pupillo sine autoritate tutoris promittente, pœnam committi sequeretur.

In tantum vt ne quidem] Connexa quæstio est, an pœna ita cōmissa minor restitui possit. Quod malè à Tr. negari puto: quia cum regulare sit ex omnibus causis & contractibus minorem restitui, nulla sufficiens ratio dari potest, ob quam hic casus sit excipiendus. Neque quicquam pro Tr. facit doctrina, ad quam se refert *ex th. 12. lit. C.* quod in delictis minori non succurratur: quia hic non de restitutione adversus delictum, sed adversus stipulationem inconsultam, qua ad pœnam pecuniariā se obligauit, quæritur: quæ causa diversa planè est a causa delicti, videlicet ruptæ pacis, cui pœna legitima inferri debet, neque ei adæquata est à contrahentibus stipulationi inserta pœna pecuniaria, & quæ in coeūda pace nullo modo necessaria fuit: & videtur hic lapsus Treut. in verbo: *pœna*, quod hic non pœnam aliquam delicti, sed summam aliquam stipulationi pœnali insertam significat: Et hāc, quod minor aduersus talem pœnam conuentionalem restituatur, omnium sententiam esse testatur *Odd. p. 2. q. 82. art. 10.*

An etiam contra tertium.] Tractatum hoc fuit *th. 2. lit. D.* Quale subsidium intelligat, non satis assequor: quoniam curator conueniri non potest, nisi vbi interuenit culpa, qua etiam absente potest restitutio minori dari. Ideoque nō tam in subsidium, quam potius si minores rem ipsam habere intersit, eum etiam contra tertium restitui dicendum est *per l. 13. de minor.*

LIT. B.

Verba Treut. ita se habent: Restituitur minor aduersus cōtractum de iure subsistentē, etiamsi is mediante iuramento celebratus sit. Quæ sententia falsa est, & in eo conueniunt omnes *in l. 1. & auth. seq. C. si advers. vendit.* per iuramentum contractui valido adiectum, excludi restitutionem. Qua de causa pro *etsi*, legendū videtur *nisi*, idque

idque suadent citata *lit. B.* & quæ sequitur *lit C.* ampliatio, *& si iuratum esset super contractu alias invalido* & vtique ineptus esset, qui statuens etiam contra contractum validum iuratum restitutionem esset, id ampliaret de contractu invalido, cum illo admisso in hoc plane nulla dubitandi sit ratio: quamuis alias ampliatio illa, vtpote ad regulam de contractu valido, parum sit subtilis. Sed mutationi isti resistit, quod *lit. D. & E.* subiicit, multò magis restitui minorem præmonitus non fuerit de beneficio sibi competenti: quippe quæ omninò exigunt, vt in præcedentibus minori restitutio concessa fuerit: sicut etiam in allegatis *lit. C.* quæ traduntur in vers. *multò magis agitur*, expolcunt sententiam affirmativam, restitutioni videlicet non obstante iuramento locum esse: quod rursus non conuenit cum eo quod *lit. C.* adducit *cap. quamvis de pact in 6.* quod vtique iuramentum vult seruari. Sed alij viderint, quomodo hæc sint componenda rem ipsam videamus.

Lit. G.

Super contractus aliàs invalido.] De hoc tractatur etiam *inf. disp. 21. th. 2. lit. B.* Vetus controversia fuit inter Martin. & Bulgar de sententia *auth. sacramenta. C si adv. vendit.* Hunc sequuti sunt Vltramontani, quod sit explicanda de cõtractu iure valido, quod etiam placet *Sichard in d. auth.* vbi errorem vulgatũ appellat opinionem Martini, qui de contractibus etiam invalidis intellexit, quem sequuti sunt Citramontani, *Bart. Bal. Salicet. Castrens. in d. auth Gomez. 2. resol. 14. numer 18.* vbi de communissima opinione praxi & vsu recepta attestantur. Intelligunt autem contractus invalidos, non ob defectum solennitatis, nec ob conditionem obiecti, si quid turpe vel contra bonos mores contineatur, quin nec prohibitos iure communi, sed tantum iure speciali & singulari, videlicet si minor sine curatore aut decreto iudicis contraxerit vel alienaverit hanc etenim, quod minor sine curatore nulliter contrahat, communem Dd. sententiam esse constat Eoque in communem illam Martini sententiam proclivior sum, cum præsertim ad solum remedium quod propter ætatem competit Dd. illam auth. restringant, ita vt minor non excludatur a remedijs quæ iure communi etiam maioribus concessa sunt *Bart num. 14 Salic numer. 2. Castrens numer 10 Iason col. antepen. Gloss. & Bald. in l. .. Cod de rescind vend lit Gomez. 2. resol. 14 numer. 20* Neque adeò obstat *l non dubium. 5 C. de ll.* quæ de eiusmodi nullitate & invaliditate non loquitur *Cyn. latè hic. nu 2. in fin. & alij Dd ibid.* Neque etiam verba auth. *super contractibus retractandis*: quoniam verba præsertim in responsis Impp. Germanorum, captanda non sunt: & ex authoritate juris Canonici actus iure ciuili inualidi vt iuramenti confirmantur. Non obstat denique, quod eadem facilitate minor iuret, qua contrahit: qua ratione post Ias. etiam vtitur *Maurit. cap. 112. numer. 4.* quia si hoc attendendum esset, effectus iuramenti in confirmandis actibus aliàs invalidis, planè tolleretur. Et vt diximus, excluditur saltem beneficium minoris ætatis, quod sæpe ob rem modicam conceditur. Neque adeò, licet aliud videatur Cyn & Sichard. ita odiosa censeri debet ista auth. cùm potiùs favorabile sit, consulere periculo animarum: quo Imp. Fridericus respexisse, & propter autoritatem iuris Canonici, quæ tum magna fuit, iuramentis robur addere voluisse, credendus est: vt rectè sentiant, qui ampliandæ *L. 1. C. si advers. vend gratia, auth.* illam ab Irnerio subiectam putant. Et ergo iuramentum tollit defectum nullitatis & restitutionem, vt loquuntur *Bart numer 3. & Salic numer. 1. idem probat Castr. num 2. & 7. Sich. nu. 20* quam etiam communem sententiam, quod non detur restitutio tradit *Sfort. q 26 art 6. Gomez. 2. resolut 14 num. 18.* & proinde neque absolutio à tali iuramento concedenda est: *Castr. in d. Auth, nu. 8* quod alias ita per indirectum eluderetur constitutio Friderici, & quod *Iason d. auth. col. 9. & 10 ex Alexandr.* refert, iura ista quæ iuramentum confirmant, & restitutionem negant, servirent nobis de vento, & verbum *inviolabiliter*, non haberet effectum *Mynsi. Decad. 11. consi 3 num. 12 & seqq.* cui argumento non satisfacit *Maurit. c. 116. & seqq* vbi omnimodo absolutionẽ admittit *& Rebuff tit. de rest gl. 1 numer. 4.* vbi absolutionem & restitutionem admitit, etiamsi etiam restitutionis beneficio iuramento esset renunciatum Rectius *Gomez.* qui *var. resol. 2. c. 14 numer. 21.* tradit, etiamsi obtenta sit absolutio, non tamen audiendum minorem, & eum saltem à crimine periurij liberari: De hoc tamen ex causa statuendum, & si læsio aliquanto gravior sit, vel aliæ circumstantiæ suadeant, quandoque à magistratu Ecclesiastico ad effectum petendæ restitutionis absolutionem concedi posse, nõ omninò negaverim. *Gab Mud in d. auth.* Ex his colligere licet, explodendam esse sententiam *Iasonis in dict. auth. sacram. col 2. & 8.* vbi existimat nec contractum validari per iuramentum, nec

impe-

impediri restitutionem, sed hoc tantum decidi *d. Auth.* quod iuramentum sit seruandum, eo autem præstito, restitutionem aut condictionem non negari, quam etiam opinionem ex Ign. & Gutter. proponit & sequitur *Fr. Cald. comm. in l. 3 Cod de restitut in int. verbo, minoribus n* 3. Quod procul dubio repugnat sententiæ *l. 1. & d Authent C. si adverʃ vend* quæ ita nō rebus, sed verbis positæ essent, eoque admisso etiam contra contractum iure validum firmatum iuramento restitutio daretur: Neque movet *cap. debitores de iureiur* vel quia de ratione istius cap. disputari potest: vel potius quia hoc est speciale odio vsurarum, & quod inducitur peccatum in creditore: quomodo post Dd. *notat. Paul. Castrenʃ in d. Auth num.* 5. cæterequin iuramentum contractum firmare, eiusque efficaciam ad hæredes transire ibid tradit *post Salicet. in ead. auth. nu. 25.* & post multos *Gomez. 2. var. resol. 14 n. 19* de quo etiam supra *disput. 6 th. 7 & lit. D.*

LIT. D.

Si præmonitus de beneficio.]Fusè hoc tractat *Iaʃ. col.* 13. vbi tutius esse ait, vt minor certioretur, quo etiam probat *Sichard nu.* 12 licet videatur in puncto iuris verior sententia contraria *Bart. n* 16, quem sequitur *Maurit. c. 113 Gomez. 2. var. resol. 14 nu* 18. siquidem hic agitur de confirmatione contractus per iuramentum, in quo semper præsumitur deliberatum propositum: cum præsertim beneficium hoc non ordinario, sed extraordinario iure competat. Vide etiam *Salic. n.* 20. & quæ notantur *inf disp. 25 th 5. lit B.*

LIT E.

Vel si impubes esset.]Controuersus hic articulus est inter Dd. & communis hic distingui video inter ius Canonicum & Ciuile: neque tamen absurda videtur sententia, vt etiam ex ratione iuris ciuilis per iuramentum pupilli doli capacis contractus validetur, quam etiam sententiā Doctoribus tribuere videtur *Bart in d. Authen. n. 9.* & magis probare *Salicet nu* 8. (qui tamen an contractus sit validus, necne distinguere videtur.) sequitur *Fr. Cald. in l. 3 C de restit. in integr. verb. minoribus nu. 8. & 9.* tum quod in eiusmodi pupillum cadat vinculum iuramenti, tum quod hic etiam ex contractu obligetur *l. 2. de fideiuʃʃ.* & omnino eiusmodi pupilli & minoris ead. videtur ratio: qua de causa verbo, *puberum*, quod diversæ sententiæ autores ponderant, ex identitate rationis contineri possunt. Vide etiam *Castrenʃ. in d auth. n. 6. & latius Iaʃon. col. 4. & 5 & Cyn. num.* 10. vbi ex eo aliud sentit, quod auth. hæc sit iniqua & odiosa *& Bl. col. 3. Gomez. 2. var. resol. 14. n. 18.*

Quod per iuramentum.] Puto hoc velle Dd. quod minor propter iuramentum æquè efficaciter obligetur, atque quivis major.

THESIS X.

LIT. A.

Interim tamen minor &c.]Hæc sub th. præced. tractanda, non divellenda, neque cum diuersis quæstionibus coniungenda erant. Sed & quodammodo confundit iuratum contractum, & iuratam renuntiationem. Efficitur autem ex hoc, quasi per modum exceptionis proposito, si citra dolum aduersarij minor iurauerit, restitutioni locum non esse Cæteroquin Dd communiter, quod *in d auth. sacramenta* de vi & metu dicitur, etiam de dolo accipiunt, *Couarr. de pact. p 3. §. 4 n 3.* & ijdem ex ratione Juris Canon. absolutione nihilominus opus esse dicunt teste *Iaʃon colum* 7. Cuius rei hæc solida mihi videtur ratio, quod omne iuramentum quod non offendit bonos mores Iuris Canon. eod iure valet: adeoque cum disputatio de absolutione iuramēti tota sit Iuris Can, eo quoque iure absolutione opus erit Et verò vbi quod iuratū est, citra periculum salutis & offensionem proximi seruari potest toties vinculum ex ratione Iuris Canon. injicitur animæ & conscientiæ, quod adeò vinculum per absolutionem soluendum est. Et hinc etiam expedita mihi videtur quæstionis illiūs decisio, cuius paulò antè facta mentio, an Jure Can per iuramentum actus aliàs nullus confirmetur. Siquidem enim solo iure ciuili nullus est, firmari respondebo. cæteroquin nō firmari, quin hoc casu nec iuramentum seruandum, nec absolutione opus esse, prorsus vt regulariter ita se habeat, vt quo iure actus ipse prohibitus & nullus est, eo nec iuramentum aliquod operetur. Iure autem Can. illi demum actus simpliciter prohibiti & invalidi creduntur, qui offendunt pietatem, & nutriunt peccatū, super quib. sc. iurare peccatum est, & grauius peccatū, quod iurauetis seruare Secundum quæ falsa erit Tr. sententia hac lit. A. vbi dolus interuenit, nec absolutionem à iuramento desiderari. Nec movet *auth. Sacram. pub.* vel quia dicuntur nulla ratione effectus, quod tetractari possunt fac. oppositio *in pr. Auth.* vbi inviolabilis obseruatio exigitur: vel quia illa auth. ad forum ciuile non cōscientiæ pertinet *v. etiam Maurit cap.* 119. Nec mouet, quòd vulgò traditur, dolum causam dantem bonæ fidei contractibus facere eos ipso iure

iure nulllos, vel quia hoc ipsum expeditum non est, vel quia iuramentum quod ad hunc effectum cum stipulatione potius comparandum videtur, vel denique quia illa quædam iuris ciuilis subtilitas est, quam periculosum sit admittere in iuramento quod obstringit animam, & cum iurans Deum ibi aduocauerit testem, vix effugiet labem peccati, si non impetrata absolutione contrauenia t iuramento.

Lit. B.

Si nondum ea distracta sit.] Obijcitur *l. vlt. C de repudiant. hæred.* per quam alij ius vetus correctũ putãt *Donell. 7. comment. 2.* alij speciale esse putant *d. l. vlt.* quod in minore ætate res distractæ proponuntur: (Non rectè, quia de eod casu loquitur *l. 24. § 2. de minor.*) Alij inter extraneum distinguunt, & suum, de quo nominatim agitur *in d. l. vlt.* non obstante verbo *d. l 24. omiserit* (quod ad suum hæredem pertinere videtur,) quoniam referri illud potest ad omissionem per lapsum temporis, vt respondet *Cald. in l 3. C. de rest in integr. verb Lapsis n 47 & seqq.* Fulgos denique distinguit inter gradus rei non integræ: si tantum res distractæ sint simpliciter admittit minorem, si verò etiam satisfactũ creditoribus, nõ admittit, iuxta *l. 24 de minor* quod hic minor tantum petat restitui ad lucrum, qui antea propter onera repudiaverat hæreditatem. quam distinctionem probat *Gabr. Mud. in l C. si vt ab hæreditate, &c. v. etiam Sf Odd. q. 63. art. 2*

Lit. C.

Pro ea rursus deferenda.] Obijcitur *l vlt. §. pen. vbi autem puerilis C. de bon. quæ lib.* per quam aliqui correctum putant *l. 7. §. restitutus. de minor.* Frequentius placuit, speciale esse in patre, contra quem ob reuerentiam ei debitam semel restitutum esse satis sit *Maur. cap. 132. Sf Odd. q. 16. art. 9 Ant Fab. in rational ad L. 7 § 9. ff de minor.* neque novum est, vt aliquando ratio sit generalior decisione. Sunt alioquin casus illi diversi: *in d. l 7* minor restitutus vt adeat, iterum restituitur, vt repudiet, & ita certat de damno vitando: *in l. vlt.* restitutus vt repudiet, non restituitur iterum, vt adeat, & ita certat de lucro captando.

THESIS XI.

Lit. A.

Si indebita solvat legata.] Cum quæritur, quomodo minori indebita legata soluenti succurratur, distinguit Tr. an soluerit sine curatore, an cum eo: illo casu conditioni locum, hoc restitutione opus esse. At verò quo iure vtitur maior, eod. vtitur minor, qui cum curatore contraxit: & igitur si ille conditionem indebiti habet, vt probatur ex *l. 2 §. 1. cum ll seqq de cond indeb.* etiam habebit hic. Neque obstat *l fin. C si advers. solu.* quæ est de casu soluti indebiti per errorem iuris: vbi restitutionis beneficio opus est, quia ex regula iuris conditionis remedium ordinarium ibi locum non habet: *Salic. ad L. 1. C. si advers. solut* idque secundo loco attingit Tr sed in eo offendit, quod pro iisdem habere videtur, solvere ex imperfecto testamento, & soluere errore iuris: quomodo etiã labitur lit. B simpliciter asserẽs errorem iuris esse, soluere legata sine detractatione Falcid. quid enim si hæreditatem soluendo esse existimet?

Lit. C.

Si curatori solutum fuerit.] Atqui hic nihil actum est cum minore, & solutio ritè & iure permittente facta est *per l 46. §. 5. in fin. de administr. tutor.* vbi respondetur debitoris hoc casu ipso jure esse liberatos. Et specialis videtur casus *in l. 1. C. si advers solut.* videlicet solutionis à tutore factæ curatori, quod fortè in ea specie minor prætẽdebat pecuniam quæ ex administratione tutelæ debebatur, non rectè nec integrè solutam fuisse: aliàs difficile fuerit minorem ita restitui, vt iterum eam pecuniam soluere cogatur debitor, cui nihil planè imputari potest, & qui soluendo curatori ipso iure liberatus est *d. l. 48. §. 5. de admin. tutor facit l 7. § 1 de minor.* vbi hoc remedium proponitur debitori vt petat minori dari curatorem: quod remedium inutile esset, si debitor curatori securè soluere non posset Atque ita omninò de iure veteri statuendum puto Sed postquam Iustin. autoritatem iudicis intervenire voluit *l 25. C. de admin. tut. §. vlt. Inst. quib alien licet.* est quod imputetur creditori, quod omissa hac solennitate soli curatori solvit: dabimusque adeo hic restitutionem minori si pecunia malè collocata & curator non solvendo fuerit: estque hæc quàm pleniorem Dd. appellant liberationem, quia non omninò securus sit creditor, licet revera obligatio tollatur. Minus rectè eam plenam vocare solent, quæ fit ipsi minori sine curatore: quippe cum hic ipso iure scil. actio superfit, & debitor tantũ exceptione, si pecunia adhuc penes minorẽ extet, defendatur: & rectius *Gabr. Mud. in l. 1. C. si advers. solut.* hunc infimum vocat securitas gradũ. Vide etiã *Sf. Odd. q. 52. art. 2. & Ant Fab. lib. 17. coniect. 13.*

Lit. D.

Si iubente iudice.] Addendum erat solennita-

tem istam necessariam non esse in soluendis annuis reditibus *ex l.25 C de administr. tutor.* Et hâc liberationem plenissimam appellant Dd. quia liberatur debitor citra metũ restitutionis. Cui obijci solet. quod contra venditionem etiam decreto judicis factam minorem restitui constat Ratio differentiæ afferri solet, quod hic iudex intervenit ratum permittendo, illic autem quasi iubendo & compellendo, qua de causa aliqui cõtradictionem debitoris requirunt. Sed alias perspicua ratio est, quod à debitore pecunia debita exigitur, quam ille, cum ex causa præcedenti solvere necesse habeat, iniquissimũ fuerit, eum nullo modo posse esse securum Vide *Maurit. cap. 172. Gab. Mudæum C. si advers. solut. Caldas in sæpè d.l.3. C de restit. verbis implorare in integrum, num. 2. & verbo, lesis. nu. 57. & seqq. Gomez. 2. variar. resolut. 14. n. 4.*

THESIS XII.

LIT. A.

Proponitur hic regula negativa, quod minor adversus præscriptionem regulariter non restituatur: & tamen in exegesi tradit, quod contra præscriptionem cõuentionalem & legalem triginta annorum detur restitutio: ita vt duo hæc longè inter se diuersa, præscriptionem currere, & non dari restitutionem, confundere videatur. Et ideò contrario modo ponenda est regula affirmatiua, contra præscriptionem dari restitutionem, quibus videlicet casibus præscriptio currit, velut in conuentionali, *de quo v. Maurit. c. 95. 97. 98. 99.* & tricennali legali non temporali: quod generaliter constituit Iustin. *in l. vlt. C. in quibus casibus &c.* cum quibusdam casibus nec olim curreret: vnde occasione sumpta, vt alibi sæpè in vniuersum statuisse videtur Iustin. *in d. l. vlt.* quod videtur velle *Gabr. Mudæus ibid.* idque est, quod post Salicetum & alios scrupulum mouit *Paul. Castrens. in d. l vlt. C in quibus casibus in integr.* (non autem *in l. vlt. C. si quis ignorans, &c* in quem locum Castr. non scripsit, & quem tamen a *Maurit. c. 94.* citari putavit Tr.) quod vix possint ostendi exempla præscriptionum temporalium, quæ olim cucurrerint contra minores: ideoque ille actiones quasdã prætorias temporales exempli loco proponit. Ideoque fallitur Treutl. Castrens. & Doctoribus imputans, quod nullam iure Digestorum præscriptionem minori currere existimant, quod iure Cod. sit secus, in quo posteriori magis adhuc fallitur, & *post l. vlt. C. in quib. caus. in integr.* nemo dubitare possit, quin præscriptiones temporales minori non currant Non malè Cuiac. *in l. 30. h. t. libr. 3. quæst. Papin.* distinguit inter præscriptiones quæ ipso iure ius aliquod perimunt, & quæ tantum ope exceptionis ita vt illæ etiam iure veteri cucurrerint contra minores *l. 7. §. pen. & l. 30. de minor.* hæ autem etiam iure antiquo non cucurrerint *per l. 2. C. in quibus caus. in integr. rest. & l. 3. C. de quib. non obiic. longi temp. &c.* vt adeò hactenus *in d. l. ult.* ius novum fecerit Iustinian. quod indistinctè nullæ exceptiones temporales aduersus minorem currant. Eodemque pertinet distinctio ex ratione iuris veteris inter præscriptionem & vsucapionem: vt sc. illa adversus minorem non cucurrerit *per d. l. 3. C. quib. no obiic. &c.* hæc autem vtpote ciuilis acquirendi modus, quæ nec interrumperetur per litis contestationem, etiam aduersus minorem fuerit impleta, quod perspicuè probat *l. vn. C. advers. vsucap.*

Aliter distinguit Duarenus] Propositio prima ex Duareno est; minorem ipso iure tutum esse contra præscriptiones temporales, nisi sint temporis longissimi. Quæ exceptio videtur minus commoda, cum tempus 30. annorum in locum perpetui ex constitutionibus successerit, ita vt hodie actiones tricennales perpetuę dici possint, *ar. pr. Instit. de perpet. & tempor. action. vers. aliquando tamen.* Altera est, quod contra præscriptionem 30. annorum restituatur minor. Vbi dubium facit *l. 3. C. de præscript. 30. annor.* vbi sola pupillaris ætas excipitur. Existimo enim contra *Duaren. Castr. & alios in l. vlt. C. in quib. caus. in integr. restit.* quod Imp. *in d. l. 3.* non nudũ cursum temporis respexerit, sed effectum rei, itemque *Iustin. in d. l. vlt.* ibi. *exceptionibus 30. annorum in suo statu manentibus:* quod alias siquidem restitui contra has exceptiones, easque ita non obesse minori Iust. voluisset, potius ne ipso iure currerent, constituisset, ex eadem ratione, qua & temporales actiones ipso iure currere prohibuit: quod se melius sit intacta eorum iura seruare, & maximè cum incongruum sit, ex persona alterius mutari ius possessoris: quia non potest poni casus præscriptionis quæ ceperit contra minorem, quod tempus quadriennij elapsum esse oporteret, (neque enim probandũ, quod *Sf. Odd. tradit quæst. 9. art. 1.* præscriptionem etiam 30 annorum non currere minori, contra quem cepit) sed eius quæ ceperit contra defunctum: ita enim communiter statuunt Dd. currere quidem contra minorem, sed restitutio-

tutionem dari. *Sfort-Odd part.2 quæst 88.art.4.& quæst 90 art.1.n.3. Francisc.Caldas in l 3 C. de restitut.in integr.verbis.sua facilitate n.46 & 48. gl in l 3.C de præscript.30.ann.& ibid.Salic Cyn & Castrens in l.ult.C.in quib.caus.in integr restit* Tertia propositio est, contra vsucapionem opus esse restitutione. Hoc verò iure veteri obtinuit, sed emẽdatum videtur persæpe *d.l ult C.in quib. caus. &c* quod ipsum fortè Treutl. dicere voluit, dum ait falli Duar. existimantem, quod constitutio *d. l. ult.* non pertineat ad præscriptiones nouo iure introductas.

LIT. B.

Non minor aduersus minorem.] Nimis indefinita limitatio est Treut. *nisi diuersa ratio*: vide distinctius *Maurit.c.218 Odd.p.1.q 18 art 4 & 5* vbi docet tum demum restitui minorem contra minorem, si hic de lucro captando, alter de damno vitando certet.

LIT. C.

Siue omittendo siue committendo.] Nimis quoque indistinctè hoc affirmatur, sed saluari ex eo potest Treutl. quod addit in th si dolus minoris appareat. Verum cum etiam in contractibus minor, qui dolum admisit, non restituatur, simpliciter quærendum est, an contra delictum in omittendo restituatur minor. Vbi initio distinguendum est, inter ea quæ natura sua delicta sunt, & quæ L.civili pro delictis habentur, quo casu succurri minori cõmuniter omnes statuũt, teste *Odd q 80 art.2.* veluti si mater non petierit tutorũ liberis *l ult.Cod si aduers delict.* si minor nõ soluerit vectigal *l.9 § pen.h t Sf.Odd.q. 82. art.1.* si non vindicata morte defuncti adiverit hæreditatem *l 1.Cod in quib.caus.in integ restit Sf d q. 82 art.5.* si omiserit implere præceptum testatoris *Sf.d.l.art 6.* Non autem succurritur ei, si non redemerit patrem ab hostibus, & hoc tamen ita demum, si maior sit octodecim annis *ex auth. si captivi.C.de Episc & Cler. Nou.115.c 3 § 13.*

Secus si lata culpa] Dubium & hoc videtur: quod aut quærimus de casibus & delictis, quibus dolus & lata culpa non comparantur, & hic etiam maior pœna ordinaria non punitur: aut in quibus comparantur, & hic tamdiu standum erit regulæ, donec probetur exceptio in persona minoris: quæ quidem neque à Tr. neque à Coras allegato loco satis probari videtur, siquidem nihil suadet, vt aut *in l.1.C. si advers. delict.* aut *in l.9 § pen d minorib.* latam culpam excludi dicamus, cum hoc casu animus & dolus non rectè abesse dici possit.

LIT. D.

In quibus non habeo veram contumaciam.] Rationem reddit Treut. quod minor ante sententiam verè contumax esse non possit. Quàm non satis assequor, quod non appareat, quomodo minor contumax sit futurus post sententiam &c: vt quæstioni locus esse possit, non ponendus est minor sine curatore litigans, quo casu processus ipso iure nullus est, sed ponẽdi sunt termini habiles quibus in minorẽ contumacia cadere possit, nimirũ, si litigat cum curatore, cuius quippe præsentia eum non excusat à delicto & dolo, vt rectè *Cald.in l 3.C de restit.verbo.læsis, n 3.* & distinctius hoc tradit *Sf Odd q.82 art 7.* vbi etiam notat non tantum cõtumacem posse esse minorem, si citatus dicat se nolle comparere, quæ vera contumacia est, sed etiam si restituere iussus non pareat: cuiusmodi quidem contumacem non esse restituendum verius existimaverim. Neque obstat *l.8 h.tit* vel quia accipi potest de eo qui nõ verè cõtumax fuit, vel quia vt sæpè *d. art.7 q.82. tradit Odd.* sententia lata, non amplius consideratur contumacia, sed hoc solum, quod per sententiam minor læsus est.

LIT. E. & F.

Sfort.Oddus q.79 art 9. Communem ait esse sententiam, quod iudex pœnam mitigare teneatur ob circumstantiam ætatis: & siquidem admittamus, regulariter pœnam esse mitigandam, quod ipse Tr. admittere videtur, inde ad necessitatem mitigandi, rectè infertur: quin siquidem ex sententia Tr. iudex pœnam mitigare potest, parum aberit, quin illud facere teneatur: quia hic disputatur non de magistratu supremo, sed inferiori, imperium merum habẽte, qui arbitrium liberum pœnas irrogandi nõ habet. Non improbabiliter etiam inter species ætatis minoris distingui possit, *arg de auth. si captivi, C de Episc & cleric. N 115.c 3 § 13.* Sed de hac re proprius locus est *infr p.2.disp 31.*

LIT. G.

Si confessus sit delictum.] Contrariam sententiam admittit Treutl nisi metu vel errore facta fuerit confessio Atquin apparet opinionem illam, quam in th. proponit, quod aduersus confessionem restituatur minor, non aliter habere locum, quam si errore vel imprudentia facta prætendatur, & aliunde de delicto non constat: cæteroquin nulla deprecatio pœnæ aut restitutio erit iuxta *l auxilium 37.h.t Rebuff. de rest.in int. gl.3.num.24 Cald in sæpe d l. 3 verb.*

sua facilitate n.32. & verb. vel aduersarij dolo nu. 39.

THESIS XIII.

LIT. A.

Si venundari se patiatur] Ratio optima videtur, quod lex improbo homini, animo decipiendi alterius turpissimum lucrum captanti, hanc quasi irrogat pœnam, vt seruus efficiatur; Sed alia ratione vtitur ICtus *in l. 9.§.4 h. tit.* quod propter mutationem status res non capiat restitutionẽ: cui obijcitur *l 5.§.6.h.t.& l 2.de in int. rest.* Dicendum, quod *in d l.9.* verbum, status, in potiori accipiatur significatu, & ideo ICtus restitutionem neget, quod totus status mutatus, & alius homo effectus sit: atq; ita post Dd *Maurit.c.242.Sf. Odd.p. 2.q.55.* nisi quis dicendũ putauerit, propter mutationem solam status per se, non dari restitutionem, sed propter læsionem in alio, vt in specie *d.l 5.§ 6 h.t.*

Contra patrem patronum] Distinguit hic Tr. inter restitutionem quæ fit iure actionis, & quæ officio judicis, vt illi quidem, non huic contra parentes locus sit. Atqui contra maior aut certè æqualis ratio est inhibẽdæ restitutionis, quæ fit iure actionis: quia cum hac in re considerãda sit reverentia parẽtibus debita, magis ea læditur instituta actione restitutoria, quam implorato officio iudicis, siquidem hoc in rem est, actiones autẽ illæ, verbi causa doli, vel metus à parente illati, in personam, quæ etiamsi verbis in factum temperatis concipiantur *iuxta l. 11. de dolo.* famam tamen sugillant *arg. l. 2 de obseq.* & ideò non, quod odiosior est pater, qui dolum commisit, quàm qui aliàs cum filio contraxit: sed magis attendenda est reuerentia paterna. & si læsio facit, vt nõ satis famæ parentis precatur, multò magis faciet, vt citra vllã parentis notam iudicis officiũ imploretur: facit quod *in d. l. vlt. C. ubi & aduersus quos,* hæc quorundã distinctio proponitur, dandam esse restitutionem, si minor simplicitate se lapsũ, non dolo circumscripto quæratur: & sane illo genere non accusatur pater, sed simplicitas & error prætenditur: qua de causa etiam contra decreta & sententias iudicum etiã supremorum, & contra quoscunque etiam bona fide celebratos actus, huiusmodi restitutio conceditur. Et est tamen ea quam Tr. proponit communissima Dd sententia *Cyn. & vulgò Dd in l.vlt. Maurit.c.124.Sf Odd q.18 art.1. Cald in l 3.C de rest.verbo læsis n.115. Accur.in l. 11. de dolo Cuiac. & Ant. Fab ibid Gilbert. Regius 1. enantiop. 15.* qui omnes statuunt, quod Iustin. *in d.l.vlt.* tantum agat de restitutione, quæ beneficio ætatis datur. Verum in contrarium mouet tum paulò antè adducta ratio, tum ea qua vtitur Iustin. *in d l vlt* quod procul dubio hæ ipsæ personæ cauturæ sunt, ne quid opinioni suæ contrarium existat: quæ ratio præcipuè ad restitutionem ex cap. doli vel metus pertinere videtur: tum denique, quod *in d.l. vlt* improbatur expressè distinctio, an minor simplicitate læsus proponatur, an dolo circumscriptus: quo vtique casu actioni in factum locus esset. Secundum quæ videri possit, (quod placet *Gabr. Mud. in d l.vlt.C qui & a v quos*) derogatum esse legibus Digest. & forte etiam C. quas adducit Tr. quibus tamen non omninò malè respondere videtur à Dd. directò ibi restitutionem nõ impetrari contra patrem, quod tum demum fieri dicatur, si & contra patrem & factum patris veniatur. *Odd.d q 18 art.1. Cal dict l.3 verbo læsis nu: 157. Gabr. Mud post Dd.in d l.vlt.C qui & advers. quos.* Ideoque non obstat *l ult § pen C de bon. quæ liber.* quoniam ibi nihil pater cum filio cõtraxit: non etiam *l.3.§.6 de minor.* quæ est de patre extraneo, & vbi illi ipsi actui, per quem pater factus est, læsio inhæsit. Plane *ex cap. de maior.* ex causa absentiæ vel alterius iusti impedimenti, filium contra patrem restitui omnino admitto, quam communem Dd. sententiam refert & sequitur *Odd d q.18.art.3 Cald in d.l 3. verbo, læsis, num.156.Gabr. Mud in d l ult.C.qui & aduers. quos.* Porrò, vt hoc obiter addamus, quod contra patrem actio doli, & quævis famosa negatur *l 11. de dolo §.5.6.& 7.de obseq.* ei obijcitur *l 52.§ de furt.* vbi filio contra patrem actio furti datur *Cuiac.in d l.11.post Accur.in d.l 52.* explicat illum locum de actione furti vtili in factum. *Faber in d l. 11.* distinguit inter filiumf. & emancipatũ, quod illi quidem pater furti teneatur, non autẽ huic. Verum & illa responsio verbis textus, & hæc distinctio rationi adversatur, cũ facilius emancipato, quàm filiof. actio cõcedenda videatur. Et ideò fortassis videantur textus paulò ante adducti, de actione famosa ex causa contractus accipiendi, delicta autem adeò exosa esse, vt nec parentũ honori parcendũ sit *fac.l 1.§.43 de vi & vi arm.* Neque obstat quod *in d.l 2 de obseq* iniuriatũ quoque actio in patrem negatur: quia amplius distinguã inter delicta & speciale dicam in iniuria, quæ æstimatur ex persona iniuriati & iniuriãtis, & præcipuè ex huius animo, qui deesse intelligitur in patre, qui nõ animo diffamãdi aut iniuriãdi, sed potius castigãdi, vel etiã iure patris, aliquid q; alias ex se iniuriosũ est, in filiũ iactasse

d.l.vlt.

iactasse & dixisse præsumitur. Sed præstat fortassis is qui Accurs. quod aliás & magis coniugi contra contingen. actio furti danda esset.

Ad quas benè respondit.] Labitur hic Tr. dum *l. 2. C. si aduers. rem iudic. & l. 2. si aduers. donat.* inter eos textus referat, quibus de restitutione iure actionis expedienda tractatur.

Lit. D.

Veniam ætatis impetrauerit.] Rectè Tr. quod restitutionem illam ad contractus futuros restringit, per expressissimum textum *in l. 1. C. de his, qui veniam ætatis*, sed iniuriam facit Castrensi, quasi hic etiam contra contractus præteritos restitutionem concedi velit: de cuius sententia vel inde constare potest, quod restitutionem contra veniam ætatis obtentam publicè velit intimari & significari, quod etiam *Cyn. & cæteri Dd. in d. l. 1.* tradunt.

Lit. F.

Licet iurauerit.] Tres hic casus si minor se maiorem dixerit rectè distinguit *Maurit. c. 170.* si minor dolo hoc fecerit, si aduersarius minorem vt hoc affirmaret, dolo induxerit, si minor se ipsum, & aduersarius citra dolum alterutrius maiorem existimet. Primo casu restitutio denegatur: Secundo conceditur, etiamsi iuramentum minoris interuenerit, quia vtriquè prodesse aduersario dolus non debet, quæ communis Dd sententia est, *teste Odd. q 24. art 5.* Tertio casu itidem restituitur minor, nisi iuramento corporali maiorem se affirmauerit: de quo sc. l. casu accipienda est *l. 3. C. si minor. se maiorem*, in eoque lapsus *Maurit. d. c. 170.* in eo suauis quod constitutionem *d. l 3* quæ est Diocletiani, de iuramento, quod præstatur tactis Euangelijs, interpretatur.

THESIS XIV.

Lit A.

An cùm ordinarium appellationis.] Ita loquitur Tr. atque si semper concurreret remedium appellationis cum petitione restitutionis in int. contra sententiam: & tamen proculdubio etiã lapsus fatalibus interponendæ restitutio ea peti potest. Cæterum durante adhuc appellandi facultate non videtur contra sententiam concedenda restitutio: vel quia regulariter per remedium ordinarium excluditur extra ordinarium, vel *quia l. pen. C. si adu. rem iud.* meminit necessitatis remedij restitutorij, vel denique quia non cum iniuria partis aduersæ, & vt adimatur ius denuo agendi minorẽ restituit prætor, sed quia aut non iure sententia dicta, aut quædam ad causam pertinebant, omisisse minor proponitur: quæ omnia cum in instantia secunda corrigi & suppleri possint, nulla restitutionis concedendæ est necessitas: & alias verba *in dict. tit C. aduersus rem iudicatam*, videri possint habere emphasin, & significare sententiã, quæ appellatione suspendi non potest. sed vt vulgò loquuntur, transiuit in rem iudicatam. Possit aliquando vel propter moras iudicij vel propter impensas vtilius esse minori, causam coram iudice priori retractari: aliàs sufficeret minori solam restitui appellandi facultatem.

Lit. B

Etiam contra curatorem latam.] In his verbis homonymia inest, quia aut significant latam esse interueniente curatore in iudicio, aut sententiæ verba in ipsum curatorem esse concepta. Illo modo necesse est sententiam ferri semper contra curatorem, quia alias nulla esset; quod scilicet minor ex se in causa propria stare in iudicio non potest. Hoc modo necesse non est; si tamen factum sit, quia in causa minori, sententia lata est, restitutioni perinde locus est, atque si in personam ipsius minoris sententia directa fuisset. Plane non tantum minor cum curatore, sed etiam curator solus nomine minoris in iudicio comparere potest: eoque casu proculdubio in ipsum curatorem sententia concipietur.

Lit. C.

Quid si tempore sententiæ.] Non satis hic commoda videtur distinctio Treutl. an res perspecta fuerit ante legitimam ætatem an non: quia iudicium, de quo hic tractatur, non dicitur perspectum, nisi post sententiam, ante quam in hac specie minor læsus dici non potest: & probatur *ex l. 1 Cod si aduersus rem iudic & l. 3. §. 1. & 2. h. tit.* si post minorem ætatem impletam sententia feratur, restitutionem non dari, nisi fraude aduersarij tempus fuerit extractum *vt Salicet v. L. 1. num. 5. & seqq. C. Si aduers. rem iudic.* Ant. Fab. Rational *ad l. 3 ff. h. t.*

Lit. D.

Nouo libello litisq. contestatione.] Generaliter tradunt Dd. vbi restitutio petitur, libello & litis contestatione esse opus *Cald. in l. 3. C. restit. in integr. verbis, infra tempora num. 14. Odd quæst. 31. art. 8.* Ideoque non debebat hoc à Tr circa eam speciem, vbi restitutio aduersus sententiã petitur, proponi. Et est hoc consequens ei, quod duplex iudicium *Dd.* statuunt: & vtrique causa plenè cognoscenda, & partes citandæ sunt *L. 29. h. t.* vt perinde hic esse videatur, ac si prætor extra

Dd 3 tra

tra ordinem cognosceret. Et Tr. tamen sibi ipsi contrarius hanc sententiam improbare videtur, verbis, *parum apte*, citato ad hoc Mauritio, ex quo tamen quid sibi velit Treutl. non satis intelligitur: ille vtique, cum opus sit citatione & cognita causa, litis quoque contestationem requirit. Haud scio, an Tr. ad subtilem iuris veteris rationem respexerit, secundum quam in huiusmodi iudicis officij imploratione, litis contestatione propriè dicta opꝰ fuisse nō videatur.

Aliàs, leuè, alias summariè.] Videri possit hæc distinctio, non satis accommodata ad illam procedendi rationem, quæ fit implorato officio iudicis. Et hic tamen non satis sibi conuenire videtur Tr. dum allegat Bar. dist. qui tamen teste Mynsingero hoc ipsum statuit, quod etiam summaria procedi possit.

THESIS XV.

LIT. A.

An minor læsionem satis probat.] Proponitur hoc loco paulo alienati, & pertinet *sub t. 8. lit. E.* vbi de probatione ætatis: vtrumq; enim, & ætas, & læsio probanda est: & est hoc alias generale præceptum, ad omnes actiones pertinens, vt iudex dispiciat, an quisque intentionis suæ fundamentum probauerit.

Quid si aduersarius contra.] Nulla hic dubitandi ratio: quod si enim minori probanda incumbit læsio, quanto magis audiendus erit, qui minorem læsum non esse offerre paratus est. Cæterum illud aliquam dubitationem habet, an minori semper probatio læsionis incumbat: vbi scrupulum mouet *l. 1. Cod. si adu. credit.* quæ onus probandi aduersario imponere videtur: qua de causa *Cyn. & Bart.* & alij creditorem fœneratitium illum locum restringunt: quod rectè improbat Pinellus loco citato: & hactenus verum est, quod Treutl ait *dict. l. 1.* esse generalem, id est, vt de quocunque mutuo, non tantū fœnebri accipiatur, non autem de creditore ex quocunque contractu. Cæterum *gl. ss. & Dd.* variè accipiunt *d. l. 1. C. si aduers. cred.* alij minorem primo læsionem probare, alij speciale in mutuo, quod minor pecuniam male collocasse præsumatur, statuunt: vbi considerandum & hoc videtur, quod in specie *dict. l. 1.* non per modum implorationis officij iudicis, sed potius per modum exceptionis, creditore actionem ex mutuo mouente, restitutio peti videtur.

LIT. D.

Si nihil quam geminatam] Vide de hoc etiam *Couar. de pact. part. 3. §. 4. num. 12.*

THESIS XVI.

LIT. A.

Est status permutatio] Rectè hoc quidem alias, sed non satis rectè ad hanc materiam, quæ tantum ad minimam capitis deminutionem pertinet.

LIT. B.

Ita enim omnino legendum] Non capio, quid *in d. l. 6.* de vulgata lectione mutare velit, quæ ita habet: *priuata hominis & familiæ eius iura, non ciuitatis amittit*: nam & particula, *eius*, omninò retinenda est, & frustra sollicitatur, verbum, *amittit* quo *in l. 7. in pr. eod. t.* eodem planè sensu vtitur ICtus.

Sed an etiam tutelas.] Tractat hic de explicatione, & lectione, vel emēdatione *d. l. 7. in princip. h. tit.* & ipse quidem sequitur Hottomannū, qui fingit causam singularem eiusmodi: Titius ex duobus filijs, cum vnum in adoptionem dedisset, altero impubere relicto decessit. Tutela inquit Hottomannus, ipso iure quidem defertur maiori, qui in adoptionem datus fuit, sed quia familiam exijt, tutela perijt, nimirum quia ex illius sententia tutela legitima ipso iure delata, nec offendens subiectum habile, perire dici potest. Verum tria obstant huic explicationi, 1. Quod cum ICtus *in d. l. 7.* quasi regulam, seu vtique exceptionem generalem ponat, nonnisi ineptè illud ad casum singularem restringi possit. 2. Quia hac ratione non esset exceptio, cum etiam datiua & testamentaria tutela in aliena potestate positis, & quidem cum effectu deferatur: & inconcinnum videtur explicare ICtū de casu filij in adoptiuam potestatem translati, cum generaliter loquatur de ijs, qui in aliena potestate sunt, in qua etiam filius antè adoptionem erat: etenim *in d. l. 7.* qui in aliena potestate sunt, ijs qui sui iuris sunt opponuntur. 3. Verū non videtur legitimam tutelam trāslato in alienam potestatem per adoptionē, ex ratione iuris antiqui deferri: quia cum agnatis tātum deferatur, adoptatus agnationis & familiæ iura amisit: qua de causa speciali constitutione opus fuit Anastasij, per quam emancipato, in quo tamen minus euidens est & minus realis familiæ mutatio, ius tutelæ legitimæ cōseruaretur, sed neque rectè hoc casu tutela perire dici potest. Nō planè absimiliter Accursius verba ICti, *quæ deferuntur*, contortè ita explicat, id est, quæ personis illis deferentur, si in alienam potestatem & ius non fuissent translatæ. Ex quibus explicationem Hottomann. minimò pulchram, vt male

male eam Treutl appellat, esse consequitur. Et cum Cuiacij qui Tribonianum in notis errasse fingit, sententia, planè diuinatoria sit, *in pr. d. l. 7* verb... *exceptis ius*, vel expungere, vel cum Haloandro negationem addere præstat.

Verba, & tutela à Triboniano.] Dubitare licet: siquidem *in l. 7.* etiam fit mentio tutelæ, quæ deferrur ex SCtis. quæ nouæ leges in ipsa *l. 7. in fin princ.* vocantur, cuiusmodi etiam noua lex *in princ. p.* necessario intelligenda est, alia videlicet, quam l. XII tabb. vt rectè ibidem notat Accursius, vix enim est, vt ea verba ad l. Titiam siue Attiniam, secundum quam magistratus tutorem dabant, commodè referri possint.

LIT. C.

Tractatur hic quæstio, an etiam hodiè emancipatio pro capitis diminutione sit habenda. Vbi negatiua sententia eademque communis, contra Tr. mihi verior videtur: Quia iure nouo effectus istius capitis diminutionis sunt sublati, ita vt emancipatus v. c. ab intestato extra controuersiam, & ex veriori sententia etiam ex testamento iure ciuili succedat. 2 Quia omnia solemnia emancipationis sublata sunt, & ea hodie fit per simplicem aditionem magistratus: vt adeò non appareat, quomodo illa mutatio familiæ contingere, & per nudam illam de manu dimissionem iura agnationis tolli & amitti possint. Et videtur ea nuda fuisse & mera iuris ciuilis subtilitas & scrupulositas, quod per emancipationem familia mutari dicebatur, videlicet propter trinam venditionem, de qua *Caius 1. instit 7 Conan. 2. comment. 13.* & inde imaginariam in seruitutem deductionem *l. 3 §. 1. de cap. minut.* Vtique cum emancipatus vtpote ciuis, necessariò familiæ iura habeat, rei veritate inspecta, aliam quam patris sui familiam habere non potest. Equidem Conan. 2. *comment 13, in fin* obiter dicit, quod emancipatus patris tantum potestati subducatur, sed gentem retineat: ex quo videri possit aliud de gente, aliud de familia statuendum: illam quidem retinere, hanc verò amittere emancipatum. Ita verbi causa, in gente Cornelia plures erant familiæ, Cossorũ, Scipionum, Lentulorum, &c. Verum Conan. familiam amitti expressè non ait, nec quicquã, quo ista diuersitas firmetur, adducit & si veram rationem cõsideramus, familia & gens sese mutuo consequũtur, neq; qui sine familia est, gentem, & ex aduerso qui in gente est, familiam quoque habere videtur, & alias sequeretur, quod ad emancipatos, gentilium vtiq; tutelæ & hæreditates delatæ fuissent, quod tamen ex ratione iuris nostri falsum est, quo tantum cognationis ius retineri dicitur. Et igitur sublatis illis solennibus, venditionum & manumissionũ, nihil amplius superest, in quo imaginaria illa capitis diminutio & familiæ mutatio, fundari possit. Neq, obstat, quod emancipatus non acquirat patri: quoniam nec qui in potestate est omnia patri acquirit, quinimò ex constitutionibus Iustin. pleraque non acquirit: sed & ij qui per dignitatem patria potestate liberantur, & quos capite non minui constat, patri non acquirunt. Quod si quis dicat, eo sensu familiam mutari dici, qui antea familiæ pars & alteri subiectus erat per emancipationem, ipse pater & caput familiæ efficitur: eo quidem sensu hodieque emancipationem capitis minutionem esse concedam, sed eiusmodi minutionem in iure nostro intelligi negabo: quod hæc sola consideratio & diuersitas obstare non posset, quo minus filiusfamilias emancipatus *ex l. ciuili XII tabb* succedere possit, licet non vt suus, tamen vt agnatus, quia hæc ratio mutationis familiæ non possit tollere iura agnationis: & hoc modo, etiam qui morte patris aut dignitate sui iuris efficitur, capite minui dicendus esset. Et omninò, vt concludamus, emancipatio hodie status mutatio dici & definiri non potest.

THESIS XVII.

LIT. A.

Propter absentiam.] Mancus hic est Treut qui tantum agit de restitutione absentibus danda contra præsentes: cum tamen etiam restituantur præsentes contra absentes, per quos res illorum vsucapta est, *§. rursus & ibi Iohan. Fabr. Angel. Iason. Zas. Gomes. & alij Instit. de action.* Etenim quod *in l. 1. Cod. de annal except.* non valenti agere currere præscriptio negatur, ad impedimentum iuris non facti pertinet, vt post Dd. notat *Iason. in dict. §. rursus. nu. 24.* & latè *Ludou. Gomes. ibid. num 14* Sed illud controuersum est, an hodie restitutio hoc casu peti possit, postquam iure nouo *l. 2. Cod. de annal except.* ordinarium remedium interrumpendi præscriptionem proditum est. Id quidem communiter à Dd. affirmatur *Iason. dict. loc. num. 23. Ludouic. Gomes. ibid. num. 12 Gloss & Bart. in l 26 §. vlt ex quibus caus maior. Sf. Odd part. 1. quæst. 12. artic. 4.* quod scil. licet præsens potuerit interrumpere prescriptionẽ, nõ tamẽ contra absentẽ indefensũ plenè suũ poterit cõsequi, neq, ex illa nõ interruptione, præsumi debeat, quod dominus cõtra absen-

absentem reuersum ius suum persequi noluerit: quod rectius dici videtur, quam vt cum Gomes. *d loc dict. l. 2. Cod de annal except.* ab absentem vagabundum restringatur. Nec tamen in contrarium mouet, quod rescissoria actio facilè dari non debet ei, cui imputari potest, quod remedium ordinarium neglexit: & causa restitutionis (quæ in læsione sola, ex completa præscriptione, quam ante impedire non poterat, oriente, consistit) cessante, ipsa restitutio cessare debet: & cum actio rescissoria prodita sit ad rescindendam vsucapionem, & interrumpendam præscriptionem, postquam per remedium *dict l. 2* hic effectus obtineri potest. & ita actio prima conseruari, (quæ 1. è re contra cōmunem Dd. responsionem *in dict. §. rursus num. 12.* mouet Gomes.) vix est vt actio rescissoria negligenti dari debeat, quæ ex non dissimili negligentiæ causa, ei, contra quem reuersum præscriptio completa est, denegatur.

Aliud in relegato dicemus.] Hæc pertinent ad casum restituendi absentis contra præsentem. Illic quidem l. cum agitur de restituendo præsente contra absentem, inter absentiæ species non distinguitur, de quibus vide Ludouic. Gomes. *in dict. §. rursus num 3. & seqq. Iason. num. 6. & 7.* & alios Interpp *ibid. Maurit. cap. 333. Sfort. Odd part. 1. quæst. 5. artic. 5.* Hic autem ut restitutioni locus sit, iustam absentiam esse oportet: quæ vera proxima & adæquata ratio est, quare relegato non detur restitutio: illa autem accessoria, quod potuerit relinquere procuratorem, quam hic proponit Treutl. Idque vel inde apparet, quod ex iusta necessariaque causa absentibus, etiamsi procuratorem & ipsi relinquere potuerint, nec reliquerint, restitutio conceditur. Sed magis dubitatur, an, si procuratorem reliquerint, restitutionem in integrum petere & impetrare possunt. Circa quod pugnare inter se videntur *l. 26. §. vltim. hoc tit. cum l. 39. eod.* in qua varias conciliationes affert Accurs. ex quibus eam, quæ inter legatum principis & ciuitatis distinguit, probat *Cuiac. 19. obseru. 14.* Possit videri interesse, an quis reliquerit procuratorem generalem an speciem ad illā ipsam causam, super qua postea petit restitutionē. Illo casu omnimodò restitutionem obtinebit, quod procurator rem ab alio possessam & vsucapi cœptam ignorare potuerit: hoc non restituetur, nisi fortè in subsidium, si procurator nō sit soluendo, ne alias officium publicum ipsi sit damnosum. Communius receptum videtur, *ut dict. l. 39 h. tit.* accipiatur de casu, quo præsens petit restitui contra absentem, argum verborum, *per quem d fend potue. & Sfort Odd quæst 29. a r 4.* Secundum quod *d l. 39.* ita explicanda erit: si absens procuratorem reliquerit, restitui volens scilicet alius præsens contra absentem, non audietur: licet alioquin verbum defendēdi aliquando abusiue vsurpetur, etiam pro causæ in iudicium deductione, *l. 1. C. quibus res iud. non nocet.* & alibi.

An ex toto capite ignorantiæ.] Verissima sententia est, negatiua Treutl. quam defendunt duo doctissimi Hispani *Vasq. illustr contr. c. 75. Pinell. in authent nisi tricennalis Cod. de bon. matern num. 59.* & fortissimis h s rationibus confirmatur, 1. ex compluribus textibus iuris *in l fin Cod. de præscript. long temp.* ib: , *nulla ignorantia vel scientia expectanda l. 3 Cod. de præscript. 30 ann.* vbi omnis defensio contra præscriptionem 30. annorum negatur *Nouell. 119. ca. vltra hæc,* vbi post 30. annos petitor excluditur *cap. de aures. de præscript.* vbi quadragenalis præscriptio omnem actionē excludit *cap. volumus 16 quæst. 4.* vbi post 40. annos præstatur quies inconcussa *l. vltim Cod de fund patrimon. lib. 11:* vbi post 40. annos possessores iubentur nullam molestiam aut inquietudinem formidare. *l. 4. Cod de præscript. 30. ann.* vbi post 40. annos, plenissima munitio & securitas tribuitur, quæ leges, vt alibi Dd loqui amant, seruirent nobis de vento, neque rebus, sed verbis scriptæ essent, si restitutio concederetur: vt proinde cauillosa, vt *Pinell.* loquitur *in authen: nisi tricennalis Cod. de bon matern num. 59* & nec admittenda nec nominanda quidem sit Dd responsio, qui tot manifestis iuris textibus remedium tantum ordinarium [t], non restitutionis excludi cauillantur. Vtique plenissimæ munitioni & securitati & inconcussæ quieti, cessationique omnis molestiæ & inquietudinis, ex diametro contrarium est inquietari, quod fit petita restitutione in integrum, vt rectissimè notat *Alexand. cons 151. in fin. vol 2. Mudæus ad rubric. Cod si aduers vend. argum l. 1. Cod eod tit.* vbi per verba, nulla controuersia excluditur beneficium restitutionis: ex quo illa plenissima liberatio dicitur quæ restitutionem excludit *Gl. & Dd. in l. 7 § permittitur, de minor.* cum præsertim restitutio hæc non sit beneficium gratiæ, sed iuris, edicto prætoris proposita, & alias etiam imploratio officij naturam actionis sapiat *l. 37. de obligat. & action. notat. Ias post Dd ad princ. Instit. de act. n. 54. & seqq.* & verbo actionis simpliciter

pliciter prolato venit etiam officium iudicis, quod datur pro restitutione in integrum, ita ut sublata actione omni, remedium etiam omne sublatum intelligatur ut docet post multos *Tiraquel. de retract gent. § 35. Gloss. 4. n. 40 Pinell in authent. nisi tricennalis Cod. de bon. mat. num. 22.* Secunda ratio contra sententiam Dd. est, quod ea admissa totum planè jus usucapionum & præscriptionum penitus everteretur, cõtra causam impulsivam & inductivam earum, quæ est bonũ publicum, vt litium tandem sit finis, nec dominia perpetuo sint in incerto *l. 1. de usucap.* ex quo Iustitiam & æquitatem præscriptionum adstruit *Covarr. in c. mala fidei de reg. iur. in 6 p. 1. § 1 n. ult. & p. 2. in princ nu. 1.* quæ per restitutionẽ nõ debet eludi; quod non tantũ non expressè inhibet *Iustin. in l. ult. Cod. de long. temp. præscript.* vbi non vult attendi scientiam vel ignorantiam ne alia dubitationis inextricabilis oriatur occasio: nulla scilicet alia, nisi quæ prætextu ignorantiæ, & ita per Dd. illam opinionem introduci possit: eaque optima ratio est *Gloss. iur. Can. in cap. auditis, de restitut. in integ. in f. verb. iure minoris*, verius inquit videtur, contra præscriptionem restitutionem non dari, ne frustra jura de præscriptione loquentia sint statuta. Tertia ratio est. Qui re sua defraudatur, qui possessione suæ cadit, qui excluditur, qui regressum non habet, qui miser est, non habet beneficium restitutionis in integrum: tum ex jam dictis quod restitutio hoc præsertim casu competit jure actionis *l. 1. ex quib. caus. maior* tum quia nemo exclusus dicitur, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur *l. 6. de in integr. restitut.* Atqui impleta præscriptione domini priores dicuntur possessione sua cadere, dicuntur miseri, dicuntur rebus suis defraudari, excludi, non habere regressum *in princip. Institution. de usucap. l. un. in princip. Codic. de usucap. transf.* Ergo restitutio non datur. Neque verò Iustinian dd. loc hac in re juri veteri derogavit, sed tantum tempora præscriptionum prorogavit, relicto ipsis veteris juris effectu. 4. Optimum argum præbet *de princip. Institut. de usucap.* Quæ tempora sufficientia sunt ad inquirendum res suas, ijs decursis non potest restitutio dari prætextu ignorantiæ, quod aliàs illa tempora non sufficerent. Atqui tempora præscriptionum sufficere debent dominis ad inquirendas res suas *de princip. Instit.* Ergo, &c. Vnde consectario deducitur hoc argumentum. Cujus negligentiam lex arguit, ei non succurrit. Atqui eius qui intra tantum tempus rem suam non vindicavit, negligentiam lex arguit: Ergo ei non succurrit. Neque adeo obstat, quod nihil imputari posse videatur ei, qui ignoravit: quoniam est negligentia præsumpta neque tantum ita unde personam petitoris, sed etiam bonum publicum, & personam possessoris, cui post tantum temporis spatium rem auferri iniquum fuerit, considerari oportet. Plerique tamen qui restitutionem ex capite ignorantiæ concedunt, hoc ad scriptionem 30. aut ad summum 40. annorum restringunt *Decius consil. 29. per totum Alexand. consil 151. numer 8. volum. 2. & plures relati à Vasqu. 2. illustr. controvers. 75. Tiraquell. de retract. gent. § 35. Gloss. 4. numer. 38. Pinell in authent nisi tricennalis. Codic. de bon. matern. Sfort. Odd. quæst. 90. art. 5.* quam sententiam probat *Pinell. dict. loc.* & de jure veriorem ait *Covarru in cap. mal fidei de reg iur. in 6 part. 3. § numer. 3.* & ita communiter concludi testatur *VVesembec. in consil. 5. numer. 32.* planè quod non detur restitutio contra 60. annorum præscripnem communiter receptum tradit *Sfort. Odd. q. 90. artic. 6.* cæteroquin illa communissima sententia est ex capite ignorantiæ restitutionem dari ut videre est ex traditis *Alexan. cons. 71. nu. 3. vol. 1. Rebuff de restitut Gloss. 1 num. 26. Tiraquell. de tract. gentil. § 35 Gloss. 4. numer. 35. VVesembec. cons. 5. num. 34. Mynsing decad. 12. respons. 3 num 17. Iason. Zas. & Gomez in §. rursus. Instit. d. action. Gail. 2. observat. 19. Boer decis. 39. numer. 1. & seqq. Balb. de præscript p. 4 part. 4 princip. quæst 29. num. 7. Covarru in cap mala fidei de reg iur in 6. p. 3. § 3. Crav. de antiq temp part. 4. vers. materia numer 50. Maurit de restitutio. in integr. cap. 55. & 58. Sfort. Odd de restitut. quæst 8 artic. 9. & quæst 90 artic. 4. Fachin. 1 controvers cap 69.*

Cæterum facit pro Treut. quod, vt sup. probatum, tempus restitutionis petendæ non à die scientiæ computandum est, tum quod ita totum præscriptionis ius in æternum tolleretur, cum nemo nisi supinus & stultus sciens rẽ suam penes alium esse patiatur, & in dubio ignorantia præsumatur, ut notant *Dd. argum. l. verius de probation.* tum per textum non obscurum *in l. ult. C. de temp. in integr. resti.* ex qua minoribus quidem quadriennium illud currit ab exacto 25. anno, maioribus autem ex die sublati impedimenti, absentiæ, captivitatis, vinculorum, &c. Et hactenus scilicet tempus illud utile & fuit & est, quatenus non à die læsionis, sed à die sublati impedimenti computatur: cæterum solam & simplicem ignorantiam inter eiusmodi impe-

Ee dimen-

dimenta computari, usquam nec scriptum nec pictum est: & frustra adducitur a *Dd l.1.§ si quis propter de itinere & actu.priv.* ubi & iustissimum impedimentum est & minime de restitutione contra tanti temporis spatium tractatur, ut recte *Pinell in authentic tricennalis Codic de bon. matern numer.59.* Itaque siquidem contra præscriptionem 40 annorum concedi debet restitutio, omninò probanda sententia est, in quam multis disputatis tandem concludendo descendit *Covarru part 3 §.3.* quod quadriennium ex capite ignorantiæ maioribus cōcessum computari debeat a die finitæ præscriptionis, ita ut ex eo etiā ignorantibus currat: & rectissimè *Tiraquell. de retract.gent §.35 Gloss.4 num 44.inf.* vix, inquit, ista sententia de quadriennio non currente ignoranti apud nos reciperetur, quoniam ita nemo vnquam rerum suarum securus esse posset vel optimæ fidei possessor, quoniam hoc modo etiā post mille annos restitutio peteretur. Quo pertinet, quod sicut minoribus currit tempus à 25. anno, aut ad summum præscriptione completo, quod probat *Sf.Odd.q.20 art.1.* ita Ecclesiæ à tempore perfectæ læsionis quadriennium currit, quam communissimam sententiam vix vno & altero diss. refert & sequitur *d. quæst. 20. art.3. & gl. in cap. auditis. de restit. in integr. verbis, iure minoris.*

LIT. C.D & E.

Quod *lit B in fi* ait Treutl. propter noua instrumenta ex causa ignorantiæ contra rem iudicatam maiori restitutionem dari, hic nō exequimur, quoniam ipse Treutl. *ad disputat. 23. partis 2.* se remittit. Profitemur saltem contrariā nobis placere sententiam, pro qua etiam supra *disp 7.thes.6 lit C.* aliqua sunt disputata. Literis autem hic notatis hoc proponit Treutl quod remoto per iudicium rescindens præscriptionis obstaculo, vtilem actionem & rescissoriam læsi recipiant, quæ ipsis perpetuò competat. Quibus verbis duplicitas iudicij *supra thes 1.* refutata, vitiosè adstruitur: & hoc quoque, quod actio rescissoria non sit noua, sed illa ipsa, quæ antè præscriptionem impletam competebat. Item quod rescissoria actio nō statim à die reuersionis, & ita sublati impedimenti competat, & amplius quod quadriennium *l. vltim. Cod. de temp. in integ. restitut.* remedio rescindenti non rescissoriæ actioni præfinitum sit: Quæ omnia falsa sunt, & supra reprobata & confutata, vt ea quasi per iudicem hic proposuisse satis sit, & adeò pessimè hic dissentit à *Cuiac.a 8.obseruat, 19.* qui rectissimè quadrienniū rescissoriæ actioni definitum scribit. An autem intra quadrienniū omninò finienda sit, supra explicatum est. Omninò autem inconsideratè actionem rescissoriā perpetuam appellat: quid enim si præscriptione exclusa sit actio temporalis? quales quidem etiam sunt actiones, quæ ex dominio competunt, & vsucapione tolluntur. Quin etiamsi actionem proponas perpetuam, attamen, cùm restitutio non plus reponere debeat, quam abstulit absentia vtique temporalis, vel hac de causa non conuenit rescissoriam actionem sub prima perpetuitatis qualitate concedi: vt probabilius dici possit, actionem rescissoriam tanto tempore durare, quantò alias non interueniēte absentia duratura fuisset. Sed & hæc commentitia opinio est, sicut & illa Dd distinctio, relata a Gomes *in §.rursus, Inst de action.numer 2. ex Br & Dd.in l. & honor. 35. de Obl. & Act.* an actio plane extincta sit, an adhuc ipso iure superstit: illo casu rescissoriam actionem datiuam esse, & non nisi prius instituto rescindenti iudicio competere: hoc autem casu nativam, & quę statim sub qualitate illa actionis rescissoriæ competat. Veritas autem hæc est, quam supra proposuimus, quod actio rescissoria non pristina actio sit, sed noua, & quæ recta à prætore v.c recisis proposita sit à prætore, eaque tantum annalis (hodie quadriennalis) quoniam contra ius commune conceditur: quod quidem perspicuis textibus iuris probatur *in § rursus, Institut. de action l in honorariis 35.in fin princip. de obligatio. & actiōn. l.ab hostib.18 C de his qui postlimin. l. vltim. C. ex quib. caus maior l. 3. C. de restitut. milit.* facit supra hac disputat. th.1. lit. B. citatus §. *sed ista Inst. d. action. in fin.* in quo proposita formula actionis rescissoriæ actioni pristinæ per vsucapionem exclusæ nullo modo competere potest. Erronea igitur plane est ista, quam Tr. cum Donell. defendit, opinio, licet eam probare videatur *VVesenb. in parat ex quib. caus. maior nu. 9* vbi etiam actionem rescissoriam eam esse, qua restitutio à prætore petitur, omninò absurde existimare videtur.

Quæ non eadem cum Public] Hoc quidem apertissimum est, nec quicquam a Donell. hic contra Dd. proponi video, & suspectum est, quod nemine citato plerosque dissentire ait Plane si publicana in genere pro vindicatione prætoria sumatur, rescissoria tanquam species sub eam referri posset.

THE-

THESIS XVIII.

LIT. A.

Quod in vindicationibus semper.] Paulò obscurius loquitur, sed hoc puto, dicere vult, quod huic edicto in actionibus in rem ex parte actoris & rei: in personalibus, quia alius debitor invito creditori substitui nequit, ex parte actoris tantũ sit locus. Et video quidẽ ab *Accurs. in l. itẽ si res. § si quis autem, h. tit.* edictum istud etiam ad actorem porrigi, sed *ex d. §* satis probari non video, & *in l. vlt. D. eod.* quæ etiam adducitur à Cuiac. 10. *obseruat.* 3. (qui tamen 8. *obseruat.* 31. edictum istud ad reum non obscure restringit) casus specialis & singularis est iudicij mixti, vbi vterque actoris & rei vicem sustinet.

LIT. B.

Nam & si perinde teneatur.] Dubium movet, quod *in l. 3. § ult h. t.* traditur, si dolosus alienator paratus sit vtile judicium pati, perinde ac si possideret, denegandam in ipsum actionem ex edicto: ex quo colligi posse videatur, invitum eum iudiciũ illud vtile suscipere non cogi. Facit etiam vulgatum illud, quod remedium ordinarium faciat cessare extraordinariũ. Et dubitari posset, an qui ante iudiciũ cœptũ etiam in fraudem alterius rem alienauit, actione in rem conueniri possit: quod sc. in hac ex parte rei requiratur possessio, & hic licet dolo, iure tamen possessoris vsus, rem trãstulerit in alium, quam sententiam ex Panormitano proponit & probat Jason *in §. 1. Institu. de act. n. 78. eamque sequitur Zasius ibid. n. 21.* pro qua etiam adduci potest *l. 52. de R. I.* Eaque prætori, vt hoc edictum proponere, causa fuisse videtur. Et item sane in eam Iason. sententiã, nisi reuocare textus *in l. 27. §. 3. de r. vind.* (in quo tamẽ suspecta videri possit manus Tribon vel propter stylum, vel propter vitiosã illationem à petitione hæreditatis, in qua vtpote iudicio vniuersali non tam de rebus singulis, quàm de iure possessoris disputatur) & *in l. 1. §. si. de tigno iuncto*, vbi qui sciens junxit conuenitur ad exhibendum eo colore, tãquam si dolo malo possidere desiisset: quorum textuũ miror à Ias. & Zas. nullam fieri mentionem. Neque obstabit *l. 52. de rei vindic.* quod diuersa sit causa hæredũ, in quos hæc quasi dolo pœna transire nõ debet, & dolus pro possessione est fictione iuris: quoad illum ipsum qui dolum commisit. Quod *ad l. 3. § ult. h. t.* attinet, dicendum est, quod actio quidem ex edicto evitari potest, excipiendo vtilẽ rei vindicationem, sed non vice versa euitari poterit actio vtilis, etiamsi quis prætorium iudicium suscipere sit paratus.

Si tamen nolit actor.] Apparet ex *d. l. 3. §. vlt. h. t.* ius quidem eligendi esse actori, vt tamen vtile iudicium rei vindicationis, in reum illud suscipere paratum, dictare cogatur: vt proinde non recte simpliciter hoc affirmetur à Tr. *si nolit actor, &c.* siquidem hac via vtilis rei vindicationis aliquando cogitur vti.

Quin etsi agat.] Videri possit Tr. confundere diuersos casus rei alienatæ & actionis cessæ, quod alias in quem res translata est, & qui possidet, vtique non agat. Sed scilicet Treutl. ad casum specialem iam *lit. A.* propositum respexisse videtur, qui extat *in l. vltim. D. h. t.* vbi quis rem ab eo emit, qui iudicio comm. divid. cõueniendus erat, cui quidem si actio detur, eum etiã socius necessariò pro possessore agnoscere, & cum eo litigare cogeretur, & ita actionem ex edicto prætoris amitteret. Tentari tamen possit, petitorem forte possessionem rei alienatæ nactum, exceptione ex hoc edicto defendi debere.

LIT. C.

Præsens alienatione non mutatur.] Rationem subjicit Tr. quia quando res litigiosa facta est, alienatio nullius sit momenti. Quæ ratio nulla est, quia licet alienatio valeret, nihilominus tamen iudicium non mutaretur: siquidem haud dubie ille condemnatur, qui post litem cõtestatam possessionem dolo amisit. Cæterum illud, quod de nullitate alienationis proponitur, non male probatur ex *l. 2. & seqq. C. de litigios.* Sed de iure veteri Digestorũ res non caret dubio, propter *l. 18. & 20. de rei vind.* & quod alienatione facta iudicium vtiliter peragitur contra alienantem: tũ denique *arg. tot. tit. D. de litigios.* quo proponitur exceptio litigiosi, quæ sc. contra eum locum habet, qui iudicio cœpto rem accepit, si forte amissã possessione experiatur: quod ipsum argum. est, alienationem ipso iure subsistere: vt proinde non satis intelligam, quid sibi velit Tr. dum ait alienationẽ esse nullam saltem ope exceptionis. Vtique iure nouo ita nulla videtur alienatio, ut sententia eum contra tertium, in quem res alienata est, executioni mandari possit. Et illud tamen nihilominus verum puto, quod edictum hoc prætoris ad alienationem, quæ cœpto iudicio facta est, non pertineat: ex hac nõ obscura ratione, quod hoc casu iudiciũ contra dolosum alienatorem peragitur: atqui qui iudicium vtile pati vult, etiam ab initio, actionem prætoriam ex hoc edicto evitat. *l. 3. §. vlt. hoc tit.*

DISPUTATIO XII.

DE IVDICIIS.

Respondente

GERLACHO SCHEFERO Brunsvvicensi Saxon.

THESIS I.

LIT. A.

De definitione non admodum sumus solliciti. possent sanè ommitti verba, *rei controversæ*: quia apud judicem, qua talem, non disceptatur, nisi de re controuersa: fortassis & illa, *inter litigantes*: quia non nisi inter inuicem sibi contradicentes apud iudicem disceptari solet. Quod autē hunc titulum contra Cuiacium ait esse generalem, ex eo dubium fit, quod disceptatio ista, per quam ipse iudicium definit, *in seqq. hac p.2. titulis* species subiectas nō habet, sine quibus nullum genus consistere potest: *v. Ioh. Dauth. in tr. de testam. explic legum in rubr. num. 2. fol. (mihi) 471.* neque movet, quod *in constit. qua incipit. omnem Reip. §. in secundo 3. secunda pars Digest. lib. 7. de iudic.* dicuntur: quia ad instar edictorum prætoris, pars illa secunda à primo titulo nomen sortitur.

LIT. D.

Proponitur hic vulgata divisio iudicij ciuile & criminale, & hæc distinguendi ratio, quod in illo ad commodum priuatum, in hoc ad pœnam corporalem, seu pecuniariam fisco applicādam agatur. Vbi minus commodè se habet, tum quod non videtur directa oppositio inter commodum privatum & pœnam corporalem, tum præcipuè, quod duo illa membra, quæ ad alteram speciem referuntur, nihil admodum inter se commune habere videntur. Et parum interesse videtur rei, an pecuniam fisco, an actori persolvat, vt adeò inde, quod lex pecuniā vel huic vel illi vult exsolvi, non videantur species iudicij variari. Planè causæ actionum ex conuentionibus distinguendæ hic sunt à causis actionum ex delictis. quod illæ quidem simpliciter sunt ciuiles, in his autem sub distinctione opus est, quod ex alijs pœna actori, ex alijs quodammodo Reipubl. applicetur: ex quibus hæc iudicia demū criminalia sunt, quia in his verè de crimine tractatur, & pœna delicto adæquata: quod aliâs, vbi actor pro suo commodo experitur, non tam de castigatione delicti, quàm de eo quod patris interest, agi videtur. Porrò distinctio hęc iudiciorū etiam ab ordine & modo procedēdi, de quo aliqua *Brisson 2 select. antiq. 1.* & amplius inde quoque desumi posse videatur: quod in ciuilibus ad restitutionē rei vel damni dati, & id quod nostra interest: in criminalibus autem ad pœnā agitur & vindictā. Cui tamen obiicitur, quod & actiones civiles multæ sunt ad duplum, triplum, quadruplum, & nominatim actio iniuriarum etiam ciuilis nō vno loco dicitur esse ad vindictam Nisi respondeas 1 actionem hanc dici ad vindictam respectiuè & quatenus comparatur cum alijs actionibus, quibus id quod verè nobis abest, persequimur, cæteroquin in eam dicitur venire æstimatio iniuriæ *§. pœn. 7. Instit. de iniur.* 2. Damni æstimationem esse vel veram vel à lege expresśim definitam: nam & in bonæ fidei actionibus si in litē iuratū sit, sæpè multò plus vera quantitate & æstimatione rei præstatur: & in illis actionibus, duplum vel triplum, ad proportionem eius quod nobis abest, æstimatur.

THESIS II.

LIT. A.

Iudicii initium litis contestatio.] Inter diss. allegat Vigelium, cui litis cōtest. sit constitutio status causæ. Atqui huic assertioni non est cōtraria illa, quod litis contestatio sit initiū iudicij. Tr. verò dissent opiniones, an citatio an litis contestatio sit initium iudicij, ratione effectus conciliari hinc posse ait, quod in realibus res fiat litigiosa per citationem, in personalibus per litis contestationem. Quæ conciliatio, siquidem ad quæstionem propositam aliquid cōferre debet, sequetur hanc esse differentiam realium & personaliū actionū, quod in illis per citationē, in his per litis contestationem iudiciū incipere dicatur. Quod vtiq; planè nouum & suspectum est: Neque si in realibus citatio specialem habet effectum, vt res fiat litigiosa, propterea etiam protinus iudiciū esse dicendū est nā & in personalibus etiam lite nondum contestata ex sola prætoris aditione, effectus litis pēdentiæ, præuentionis & prorogationis, &c inducuntur. Ideoque simpliciter dicendum est, quod citatio nec pars sit nec initium iudicij. quia nulla adhuc controuersia est: & ad eum tantum finem fit citatio, vt pars compareat, quasi contradicat, tum

tum demum disceptatio causæ, in qua iudicij essentia est, nascitur: eoque præsente aliàs parte nulla citatione opus. Planè si disceptatione sequuta, paulò laxius vniuersam illam tractationem sub iudicij nomine comprehendas, non adeò absurdè citatio principium iudicij appellari potest Nec malè *Obrecht. de lit cont. c. 1. num 8.* citationem instituendæ actionis, litis contestationem litis exordium appellat. Et isto sensu etiã Tr. accipere videtur iudiciũ *in vers. de iure, &c.* vbi initiũ iudicij criminalis dicit esse clamorẽ: id tamẽ, hoc loco, quo in genere de iudicijs tractatur, minus cõmodè proponi videtur.

In realibus rem fieri litigiosam] Duplex est quæstio, altera de effectu, de quo aliquid dictũ *disput prac th. vlt* altera, de causa efficiente, quando & per quid res fiat litigiosa: quod cum Dd. expedit Tr. per distinctionem inter actiones in rem & personam, quæ differentia extitisse videtur ex *N. 112. c. 1.* cum iure veteri, ut Couarr. citatus scribit, indistinctè post litem contestatam demum res litigiosa fieri diceretur Et verò non videtur litigiosa res dici posse, nisi quæ in iudicium deducta, & super qua iudicium est acceptum, quod fit per litis contest. *l. vn C. de lit. cont.* facit *l. 1. in pr. de litigios.* Attamen ratio differentiæ ex ratione iuris inter actiones in rẽ & personam duplex dari potest: tum quod illæ iure dominij intendantur, hæ ex contractu, & vbi v. c. ex stipulatu vel testamento agitur, reus sine controversia dominus est: tum quod in his nemo præcisè ad tradendum condemnari posse videtur: quo fortassis respexerunt, qui in his actionibus rẽ litigiosam fieri negauerunt, quorum multas citat *Covar. à Tr. alleg.* Planè *in l. 2. C. de litig.* textus est generalis, per quem & actionem in iudicium deductam, & rem petitam litigiosam fieri probatur: neque quod aut reus dominus est, aut præcisè ad rem tradendam nõ condemnatur, inde rem non effici litigiosam satis firmiter probari potest: & illud tamen & altioris & alterius est indagationis.

Iure veteri quando propriè.] Expeditũ non est, in quo iure antiquo posita fuerit litis contestatio. Non videtur abs re esse, quod ex Festo proponitur, vt litem contestari sit, quasi testari litem, & certum perspicuumque facere, quod inter ipsos lis sit: quomodo Ciceroni pro Flacco virtus contestata, perspectam cognitamque virtutem significat Sed videtur postea, (quod etiã obseruauit *Obr. de lit cont. c. 1 nu 16. & 9 & c. 5. in pr. & n 21.* vbi notat, initio litis contestationem eam dictam fuisse, qua testes compellabantur, vt constaret, iudicium esse cõstitutum: deinde controversiæ ipsam contestationem, ex narratione actoris & cõtradictione rei constantem, dictam litis contestationem) desueta fortassis illa contestandi formula, consequens vsurpatum pro antecedenti, per textum nõ obscurum *l. un C. de lit. contest.* vbi litis contestata dicitur, vbi judex per narrationem negotij causam audire cœperit: quæ descriptio vtpote ex constitutione Severi & Antonini: cùm etiam ad ius vetus referri possit, & tamen descriptioni illi ex Festo non conveniat, non rectè simpliciter huic quasi opponitur: cùm præsertim ipse *lit. C. per ius Digest.* ex quo ad descriptionem Festi probandam (sed malè) textus adducit, ins illud verus intelligat. Nimirum litis contest. tione iudicium suscipi dicebatur; quod initio solenni illa testatione, postea ipsius causæ apud iudicẽ expositione factum videtur. Cæterum sublata datione pedaneorum iudicium, postquam ipsi magistratus cognoscere ceperunt, hoc quoque simul consequutum videtur, vt simplex narratio non sufficeret, aut causæ auditio, sed vt sc. iudicium acceptum dici posset, mutua contradictio requireretur: eoque refero textum ad hoc expressum *in l. 14. § C h tit.* & quod ibi proponitur, non de eo quod frequentius obtinet, vt malè eum locum accipit *Sichard. in l un. C de lit contest. in pr.* sed quod perpetuo & necessario litis contestationi inest, explicandum autumo, ita vt nulla litis contestatio citra contradictionem partium esse possit: quæ etiam communis est Dd sententia, *Salic. Bald & aliorum in l vn. in pr. C. de lit. contest.* licet ijdẽ frequentius post Gloss. ibid aliquando per confessionem litis contestationem induci tradant *Bald. in d l. vn Cyn. ibid, num. 4 Bart & Castrens. ibid. in fin.* quod non admittendum censeo, nisi confessio illa implicitam habeat vel præsumptivè sequuturam, & reservatam contradictionem cæteroquin fatenti, de solvendo præceptum fieri, & ad id terminus statui debet: quod magis videtur probare *Salicet. in d. l un. num -. post alios relatos à Bald ibid. Obrecht. de lit cont c 2 nu. 18 fac. t. l. 73 de procurator. & l 16 indicat solvi.* Et frustra à Sichard & alijs objicitur *l. 2. in pr C de iuram calumn* quia intelligenda est responsio secundum subiectam materiam, qualem sc. litis contestatio exigit. & quam ibi intelligi argumento est, quod post eã & a partibus & procuratoribus, iuramentum calumniæ Iustin vult interponi. Ex his sequitur,

tur, cum intentio actoris semper affirmativa sit, litis contestationem, quæ in contradictione consistit, non nisi in negatione ex parte rei cōsistere posse: cuius formulam proponunt Dd. *in d. l un. C. de lit. contestat. nego narrata & dico petita fieri non debere*; ita tamen ut alterutrum ad inducendam litis contestationem sufficere existiment Dd *ibi. Cyn. num 7 Bart. & Castrens. num. 4. Salic. num. 3 Sichard. num. 8.* His consequenter statuemus, litis contestationem à parte rei non fieri affirmativè. cum Vigelio quem non satis ex fide bona videtur reprehendere *Gaddeus in l. 36. d V. S. num 9.* vbi putat, litis contestationem non esse controversiæ cōstitutionem, sed litis actio nisque in judicium deducendæ testationem:) quoniam ut paulò ante dictum hæc descriptio competit iuri antiquissimo, (secundum quod non quandam, sed omnem litis contestationem vtrinque affirmativam esse nemo sanus, tantum abest ut Vigelius negaverit) non juri novo, minimè verò novissimo & nostris moribus recepto, secundum quos Vigel. litis contestationem definijsse intelligendus est, quod perspicuum est ex ipsius libello *de lit. contest. cap. 1. ex d. l. 14. §. 1. C. h. tit.* vbi requiritur contradictio, quæ nulla est in ea testatione, quatenus & actor super lite aliqua ad iudicem se ire contestantur. Illud quoque ibid. malè Gœdd quod objectione exceptionis confessioni subjecta, lit contestationem affirmativè fieri existimat: siquidem, quod omnes notant *in dict l un* eiusmodi exceptionis objectio, veram in se continet debiti & intentionis negationem: ne dicam, quod per obiectionem exceptionis non videatur induci lit. contestatio: tum *ex textu in cap. 1. & 2 de lit. contest. in 6.* tum hac ratione, quod cum litis contestatio sit, quasi quædam legitima pugna, vnde Germanis dicitur Kriegsbefestigung/ & adeò requirat contradictionem mutuam *per text. in l. 14 §. 1. C. de iudic.* nuda obiectione exceptionis, siquidem hic consistatur, contradictio mutua non inducitur: quia vtrumque, & reum debere & v. e pactum intercessisse, verum esse potest. Ideò fortassis dicendum fuerit lit. contestationem fieri si vel reus simpliciter neget se debere; vel eo fatente & de pacto excipiente, actor contra replicando pactum se esse neget: adeoque hoc casu reo affirmante, & actore negante, litis contestatio inducitur, quatenus hic excipiendo & asserendo actoris, actor contra replicando & negando rei vices subit. Planè si reo excipiente actor porrò procedi petat, satis eo ipso exceptioni rei contradicere: & prior rei contradictio in puram negationem resolvi, & hactenus defendi posse videtur: quod per exceptionis obiectionem litis contestatio introducatur: quam communem Gloss. & legistarum sententiam esse, apparet ex ijs, quæ *in d. l. un. C. de lit. contestat.* tradunt *Sichard. num. 11. Salicet. num. 2. & 3. Bald. & Bart ibid. num. 12. Castrens. num. 6.* apud quos aliæ quoque extant responsiones *ad d cap. 2. de lit. contest. in 6.* Et hoc est quod ait *Obrecht. de lit. cont. c. 6. num. 18 & c 8.* sola responsione, si actor ad ulteriora non procedat, non induci litis contestationem: &, nondum esse litis contestationem, si reus opposita exceptione distinguat, sed ubi actor porrò contradicit, *post Nic Vigel. in d libello de lit. contest. c 1.* expectabitur, inquit, adversus rei exceptionem sive distinctionem, actoris responsio & replicatio. Neque movet, quod pro Guid. de Susaria apud Dd autores affertur, 1. quod qui excipiat, non respondeat libello. 2. quod exceptio ante proposita reservari dicatur post litis contestationem. Quia responderi potest, ad prius: sufficere quod per exceptionem negatur petita fieri debere: ad secundum: quod vel diversa ratio sit iuris veteris & novi, vel quod de reservatione dicitur, potius ad exceptionis probationem pertinere. Porrò *Iacob Curtius 1 coniect. 30.* planè diversus tātum ex persona actoris litis contestationem æstimat: quod cùm contestatio vim habeat denuntiandi, quādo actor iudicialiter litē proponit & denuntiat, litē contestari dicendus sit: ne alias quasi à voluntate rei pendeat quando effectus litis contestatæ incipiant habere locum. Verum hæc sententia ius nimis antiquum sapere, & ratio subjecta nō concludere videtur: vel quia statim præsumitur contradicere reus, vel quia ei moranti dies terminusque præfigi, & si non pareat alijs legitimis remedijs contra eum procedi potest.

LIT. C.

Testato facta.] Videtur in verbo, *testato*, emphasin aliquam collocare, & testes ad essentiam litis contestationis requirere. Quod non videtur convenire descriptioni *in l. un. C. de lit. contest.* quæ simplicem narrationem coram iudice factam requirit. Idque etiam notat *Obr. de lit. cont. c. 1 n. 22.*

Illud etiam ex superioribus] Necessariò requirit, vt utraque pars coram litem cōtestentur. Id verò iuxta traditam ex iure novo definitionem ex præcedd. non infertur: ideoque non rectè citantur autores, quibus descriptio Treutl. nunquam

quam venit in mentē; & peius adducitur *Mynſ. citat, loc.* hoc diſputās, an ubi utraque pars in iudicio præſens eſt, aliqua litis conteſtatione ſit opus: quæ quæſtio planè diverſa eſt ab hac, an ad litis conteſtationem faciendam utriuſq; partis præſentia neceſſariò requiratur: quod licet affirmetur etiam à Salic. *in ſæpè d. l. un. C. de lit. conteſt. n. 2 poſt Bald. ib. col. 2 & Bart. n. 8. & ſeqq.* fortaſſis tamen non improbabiliter cōtrarium defendi poſſit cum Sichardo *Obrecht. de lit. conteſt. c. 9. nu. 5* qui putant rectè fieri litis conteſtationē, ſi actore hodie petente, die craſtino reus reſpondeat animo litem conteſtandi etiam actore abſente: ſiquidem quod actor ſemel propoſuit iudicialiter, revocare facilè non poteſt, & quæ in iudicio fiunt, autoritate publica capiunt robur, vt vel hinc à ſtipulatione ad litis conteſtationē non rectè duci argumentum appareat. Et ergo utrumque hoc defendi poteſt, quod & ex intervallo, & per epiſtolam litis conteſtatio fieri poſſit, quæ & ſententia videtur *Caſtrenſ. in l. un. C. de lit. conteſt.* vbi ait ſufficere reſponſum per ſcripturam, neque vnquam ſe vidiſſe id vocari in dubium.

LIT. D.

Proponitur hic effectus litis conteſtationis. qui poſitus eſt in actionis perpetuatione: ex quo Treutl. concludit, quod actiones per litis conteſtationem in annos 40. extendantur. *ex l. ult. C. de præſ. 30. ann.* Verum hac in re, phraſi illa, qua actiones lite conteſtata perpetuari dicuntur, eum abuti exiſtimo, quæ ſc. ex ratione iuris hoc ſignificat, quod actiones, quæ alias tempore vel morte rei petituræ fuiſſent, iudicio incluſæ, maneant ſalvæ, & peragantur, licet poſtea dies earum exierit, vel reus deceſſerit: quæ ſententia colligi poteſt *ex l. 124. & 181. de reg. iur. l. ordinata, 24 de lib. cauſ. l. omnes. 26. de oblig. & A. §. 1 in fin. Inſt. de perpet. Act.* Atqui in conſtitutione Iuſtin. *in l. ult. C. de praſcript. 30 ann.* quo Tr. hunc effectum refert, non eo ſenſu uſque ad 40. annos porrigi dicuntur actiones, quod tamdiu vivant, ſi intra moras iudicij tantum tempus præterierit: ſed quod etiam omiſſæ intra illud temporis ſpacium repeti, & in iudicium reduci poſſunt. Quæ ſanè ſanctio abſurda videri poſſit: ſiquidem cum ex L. Theodoſij tempus perpetuum in tricennium mutatū ſit, incōveniens videatur, actionem ſemel deſertam & omiſſam intra 40 annos iterum proponere licere; cum præſertim ita eventurum ſit, vt actio uſque ad 70. annos producatur: maximè cum Iuſtinianus *in d. l. ult.* 40. illos annos nō à die litis conteſtatæ, ſed à tempore omiſſæ cognitionis velit computari.

LIT. E.

Quod & de realibus.] Dubium hoc videtur, ſi rationibus agetur: quod conſtitutio exorbitans potius ſit reſtringenda, & alias non nimis extēdenda præſcriptionum tempora, ſatis alioquin producta a Iuſtin. Et hac ſententia continget ſæpè, vt vix 50. annis dominium quis acquirat: quid enim ſi petitor decimo nono fortè anno intentatam actionem omittat? quin & ita eveniet, vt melioris conditionis ſit, qui perpetuò rē mala fide tenuit, quam cuius bona fides ſaltē per litis conteſtationem ſollicitata fuit: quod ille ſc. 30. annis rem acquirit: huic præter tempus antea elapſum 40 annorum præſcriptione ſit opus. Et quod dicitur poſt litem conteſtatā, omnes poſſeſſores eſſe pares, maximè ratione fructuum dicitur, alias æquiſſimū eſt eum potiorē eſſe, qui ſaltem per controverſiam moram de jure ſuo dubitare cœpit. Producendis autē perſonalibus actionibus eò probabilius indulgere poſſumus, quod ex iure veteri perpetuæ erant, & in pleriſque earum nec titulus nec bona fides reum defendit. Quæ licet ita diſputari poſſint, reſiſtere tamen videntur verba Iuſtiniani *in d. l. ult. C. de praſcr. 30. ann. & in l. 1. §. 5. in fin. C. de annal. exc.* ibi, *licet perſonalis actio*, quæ minorem etiam in realibus actionibus dubitādi rationem eſſe evincunt. quod etiam ita ſimpliciter affirmat *Cyn. in d. l. ult. in fin.* eiuſque ratio fortaſſis à iure dominij, quo in realibus petitor nititur, deſumenda videatur. Ego tamen propter rationes ante dictas cum Salic. *in d. l. ult.* ad illas actiones reales, quæ 30. etiam annis verbi cauſa propter malam fidem poſſeſſoris durant, reſtringere hoc malim: pro qua ſententia optimum argumentum ſumi poteſt ex ipſa ſæpe *d. l. ult. C. de præſ. 30. ann.* vbi Iuſtinian. conſtitutionis ſuæ hanc reddit rationem, cur 30 annorum exceptionem obſtare nolit, quod non ſit eadem cauſa eius, qui ſemel actionem movit intra 30. annos, & eius qui omnino tacuit: vt proinde neceſſariò de eo accipiendus videatur Iuſtin. qui intra 30. annos agendi habuit poteſtatem.

Et temporalibus.] Homonymon hoc verbum eſt, nam & actiones in rē, quæ 10 vel 20. annorū ſpatio excluduntur, temporales ſunt: ſed oppoſitio arguit Tr. agere de actionibus perſonalibus, quibus à lege certū tempus præfixum eſt.

In

In his autem ex rationibus antè dictis multò minus novam illam Iustin. constit. admittam, sed eas ad summum usq; ad 30. annos litè semel contestata extendi statuam: ut quod natura sua sunt actiones personales, olim perpetuæ, id per litis contestationem efficiatur actiones temporales, quibus hæc diuturnitas meritò sufficere debet. Accedit, denique & hoc, quod alioquin nimis inæqualis futura esset proportio, si litis contestationem, quæ decennium tantum adjicit actionibus perpetuis temporalibus ultra 30. annos adijcere diceremus. Nec est, quod obijcias, quò breviores sunt actiones, eò magis ipsis in facienda extensione per litis contestationem esse favendum quia imò ex ipsa à lege præscripta brevitate minus favorabiles has actiones esse, consequitur, ut adeò in casu litis contestato nimium ijs favere fuerit absurdum. Secundum quæ explicanda est *l. 1 §. 1. in fin. C de annal. exc.* & generalitas illa *omnibus actionibus* ex præcedentibus coercenda & limitanda ad eas actiones, de quibus *in princ. d. §* tractatur, id est, personales quæ 30 annis durant, quales regulariter omnes sunt, quæ ex conventionibus descendunt. Frustra autem à Tr. adducuntur textus ex jure veteri: quoniam, ut paulò ante monitum, longè alio sensu illis locis, quam à Iustin. *in l ult. C. de præscr. 30 ann* per litis contestationem actiones perpetuari dicuntur.

Qui de litem non contestanda] Diversam ab hac quæstionem tractant *Cyn Salic & alij Dd. in l un. Cod. de lit. contest* an sc. negans intentionem actoris, intelligatur litem contestari, si negationi protestationem de non contestãdo litem adjunxerit: quod quidẽ communius negari videtur, *Cyn. in d. l. un. num. 8. Bart ibid. num 15 & seqq. Salic. num. 4. Castr. n 7.* apud quos etiam allegantur diff ex eo, quod litis contestatio sit actus necessarius. & protestatio contraria facto, & circa illa demum facta protestatio aliquid operetur, quæ dupliciter intelligi possunt: quæ ratio est Bald *in d. l. un. col. 2.* nisi quis cum Bart. ideò protestationem adjectam interpretetur, quod reus de contradicendo non satis certus, confitendi, & à lite recedendi facultatem sibi voluerit reservatam.

THESIS III.

LIT. A.

Principales personæ.] Si processum ipsum consideras, his non rectè opponuntur procuratores, ex ratione juris Romani: quo procurator dominus efficitur litis, ab eo non nisi causa cognita judicium transferri potest, ipse citandus, & in ipsum sententia ferenda: quæ probata sunt disp. 9. & quorum adeò respectu procurator persona principalis appellari possit.

LIT. B.

Distinctio judicum hic proposita ad rationẽ juris antiqui Romani planè vitiosa est, quo magistratus non erant judices ordinarij, sed pedanei judices dicti, causis cognoscendis & decidẽdis deputati. Quod si conferas th. 7. planè confusim hanc rem à Tr tradi deprehendes: quod ibi notata de datione judicum hac th. 3. propositis planè non conveniunt Et præter confusionem juris antiqui & novi, æquivocè utitur verbo, *judicij*, & magis, verbis, *ordinarij & extraordinarij* Equidem hoc receptum est, ut magistratus ipsi de causis ordinariè cognoscant: ut proinde, Imperator, reges, &c, ut qui rarissimè de causis cognoscere solent, vix inter judices ordinarios sint referendi: quippe cum tales dicãtur, qui huic muneri iuris dicendi præfecti sunt; officium autem principum, licet illos jus dicere, aut senatum ingredi, nihil prohibeat, in alijs partibus occupatur: cùm præsertim ex rationibus politicis officium judicis ab officio magistratus separatum sit, quomodo passim Arist. in polit. tribus rebus, senatu magistratibus & iudicibus administrationem Reipubl. contineri scribit: ut ideò quoque non satis benè Treutl. judicem definiat eum, qui judicat jure magistratus.

Tales hodie esse assessores.] Rectè Treutl. assessoribus Cameræ ordinariam tribuit jurisdictionem: quod colligitur ex generalitate sive universalitate, & perpetuitate jurisdictionis: quæ duo conjuncta omninò arguunt & evincunt ordinariam iurisdictionem.

Olim magistratus ipsos.] Quæritur an magistratus ipsi olim potuerint judicare: in quo Treut. argutari videtur; dum prætorem extra ordinem judicare potuisse, ordinariè judicare non potuisse affirmat: siquidem si ex ratione juris antiqui ille tantùm processus ordinarius dicatur, ubi partes cùm formula ad judicem pedaneum mittuntur, contradictio hæc fuerit in adjecto, prætorem ordinariè judicavisse. Sed nimirum hoc quærendum est, an prætorij se nullo judice pedaneo dato in causis privatis potuerit judicare. Quod contra Duarenum *disp. 53. & in l. 7. de pa l.* (ubi tamen prætorem judicare nequivisse non ait) & Tr. affirmandum videtur: cum *Seif. Gen. 1. de Iurisd. 28.* vel quod ali *ts*

aliàs legem illam, qui privata iudicet iudicarive iubeat, prætor esto, inter leges suas non retulisset Cicero: (inde enim usus eius seculi cognoscitur: proinde frustra est responsio Duaren. legẽ illam à Cicerone confictam esse) vel quia rationi repugnat, prætori negare illam facultatem: faciunt textus *in l. 8. & 9. de offic. præsid.* vbi quod dicitur, verbis istis, *adite præsidem provinciæ, &c.* non imponi ipsi necessitatem cognoscendi, necessariò infert, ipsum cognoscere potuisse. Quin existimaverit quis, initio judicare ad officium prætoris pertinuisse, sed postea obtinuisse, vt prætor illud vel propter occupationes, vel quod minus honorificum videretur, per alios expediret: (ideoque non probo, quod Duaren. 1. *disp.* 53. prætorem rebus judicandis creatum fuisse negat.) Quamvis hoc fortassis retorqueri possit, quod postquam illa judicij ratio semel constituta & approbata fuit, ab ea prætor non temerè recedere potuerit: sicut & ad illud Ciceronis facilis responsio est, respexisse eum ad diversitatem causarum, quarum aliæ jure actionis, aliæ cognitione prætoria expediebantur, quæ etiam inter se opponuntur *in l. 1. de rei vind.* qua de re etiam *Scip. Gent. 1. de iurisd. 33 & lib. 2. c. 21.* sicuti nec obstabunt *d. l. 8. & 9. de offic. præs.* quod eo casu potestas cognoscendi singulari commissioni accepta referri possit. Et sanè, siquidem in omnibus causis, præter exceptas speciali rerum vel personarũ favore, judice speciali opus fuisse videatur, talem sese nec ipse prætor aut præses constituere potuerunt *l. ult. de offic. prætor. l. 5. de offic. præsid.* Verum hoc in medium relinquo.

Prætores cum suis centum viris.] Vix putarim, iudicia centum viralia, quæ pro objecto certas causas easque majoris momenti habebant, extraordinaria habita fuisse.

LIT. C.

Vel extraordinarius] Ordinarium judicẽ strictius hic accipit Tr. pro eo, ad quem regulariter & ratione officij causarum cognitio & decisio spectat: cæteroquin delegatus ordinarius judex appellari posse videatur, vel quia fungitur planè vice mandantis, vel quia lex ipsa mandatam jurisdictionem confirmat *l. 6. de iurisdict.*

Qui voluntate hominis.] Non rectè videtur se habere hæc definitio judicis extraordinarij: siquidem qui à principe datus judicat, plerumque ordinarius, & princeps utique persona publica est. Cæterùm de generibus judicum vide etiam *l. rem non novam, 14. C. h. tit. l. ult. ff. eodem. & ad eam Sc. Gentil. in 2. iurisdict. c. 8.*

LIT. E.

Subdelegare nequit.] Apparet hic confundi à Tr. iudicem datum sive pedaneum cum mandatario jurisdictionis: siquidem specialem in delegato principis statuit cum Gail. *ex l. 5. C. h. tit.* qui textus de judice speciali à principe dato loquitur. Cæterùm quivis jurisdictionis mandatarius ex ratione juris nostri judicem quidem dare, sed jurisdictionem mandare non potest: de quibus actum est supra disp. 3.

Unde rectè probat delegatum principis exequi.] Idem hic error & confusio. Vtique pedaneus judex ordinarius est & citra lit. C. & D. ostenduntur, quod Tr. per delegatum mandatarium jurisdictionis intelligat. Hanc autem exequi posse sẽtentiam verius est: cum habeat imperium mixtum *l. 1. in fi. & l. ult. de offic. eius &c.* & quod magistratus per absentiam fortè jurisdictione mãdans, minimè velle intelligitur, vt in puncto executionis ad se recurratur: facit quod fungitur vice mandantis *l. 16. de iurisd.* & quod iudicum datorum sententias exequuntur, qui eos dederunt *l. 15. in pr. de re iud.* Non igitur probandi sũt, qui *d. l. ult. de offic. eius* ad coercendam in processu fortè contumaciam nimium restringunt. Sed de his quoque tractatum est pluribus *d. disp. 3.*

THESIS IV.

LIT. A.

Proponit tanquam genus, receptos arbitros, & horum duas facit species, compromissarios & arbitratores. Verum hi neque ex vsu, neque ex ratione iuris recepti arbitri dicuntur: quippe ad quos edictum prætoris de cogendis sententiam dicere arbitris non pertineret, idque magis ex seqq. apparebit.

Hoc pecuniæ certæ illud incertæ.] Differentia hæc arbitrij, & iudicij, quod hoc sit pecuniæ certæ, illud incertæ, vera non videtur, sive loquaris de eo, quod in judicium & petitionem, sive quod in sententiam deducitur: quia utrobique eadẽ ratio est, & non minus arbitri quàm judicis sententia certa esse debet *l. 21. §. 3. de recept. arbitr.* & in judicium quoque incertum, velut cum ad interesse agitur, & in arbitrium, certum haud dubie deduci potest.

In iudicio totalis.] Et hanc quoque differentiã non satis assequor, & quod de arbitris proponitur, magis ad arbitratores pertinere videtur: nã & arbiter propriè dictus condemnat aut absolvit. Eoque minus, quid Tr. ibi velit, intelligo,

quod citat Charond. *diss qui 3. verisimil. 4.* nihil hac de re, sed de arbitrarijs actionibus tractat, & quod in ijs arbitrio iudicis actori satisfiat rectissimè docet: & locus Senecæ *3 de benef. 7* etiā ad judicem bonæ fidei iudicijs addictum, qui in specie arbiter dici solebat, referri potest. Secundum quæ illud quoque non satis liquidum esse videtur, quod arbitrium compromissarium ita judici opponit, vt illum virum bonum, & illius sententiā viri boni opinationem appellat: siquidem etiam judex vir bonus passim vocatur, & de sententia arbitri hoc proditum est, ei sive æquè sive iniquè parendum esse. Fatendum tamē est hac in re differre iudicem ab arbitro, qui nulla planè formula inclusus, quod sibi æquum videtur pronuntiat, vt ita sententia Tr. comparativè accepta defendi possit.

LIT. C.

An & nudo pacto.] Imputat hic Dd. quasi illi nudo pacto simpliciter compromitti tradant. Id verò, non obscurè Treutl. probatum probandum non est. & hoc tantùm *l. 5. Cod de recept arbitr* in qua Treutl. se fundat, constitutum, vt in ista specie sententia habeat effectum utro casu, vbi partes eam vel expressè vel tacitè silentio 10. dierum approbaverunt: quæ ipsa Dd. quos malè accepisse videtur Treutl sententia est. qui summarium *d. l. 5.* vt videre est apud *Bart. Bald. & Castrensi.* ita proponunt, quod ex sententia arbitri nudo pacto assumpti, tacitè vel expressè homologata, actio & exceptio nascatur: sicut ijdem Dd vbi stipulatio intervenit communiter constitutioni *d. l 5* locum esse negant. *Cyn. in d. l. 5. & Salic. ibid. numer. 7.* Et nimirum non opus est in arbitrium consentit: per stipulationem, modò stipulatio de parendo sententiæ intercedat. Homologatio autem illa, de qua *in d l. 5.* debet fieri in præteritum non in futurum *Dd. in d l. 5. Cyn Salic. n. 17. Bart. n 5. Bald col 1. Castrēs. n. 4.* vbi distinguunt ab appellatione, quoniam sententia iudicis sua & propria autoritate valet.

LIT. D.

Ex eo quod lit. præced. dixit, in arbitrum compromitti sub stipulatione pœnali infert hac lit. D appellari non licere. Quæ connexio non videtur satis bona, quod nihil prohibeat etiam in iudicem sub pœnali stipulatione consentire, vt videl. pœna quidem præstetur, appellatio tamen subibeatur: quemadmodum etiam stipulatio ista pœnalis non impedit, quo minus sententiæ contraveniri possit. Vera autem ratio non competentis appellationis hæc est, quod verè nec arbiter iudex, nec eius pronuntiatum sententia est, iuxta *l. 1 C de arbitr.* Et iniuriam hic facit Bart. qui loquitur in terminis *l. 5. C. de arbitr* quomodo etiam citatur à Marant *p. 6 de appell. n 259.* de quo mox in verbis, *quod si pœna adiecta.*

Regulariter dico.] Regulam hanc ponit Treut. quod à sententia arbitri nō appelletur (se compromissarij, secus in arbitrio iuris *l. cum speciali C h t l 9 qui satisd. cog* quæ tamen l. est de delegato *Dd Br Bl Salic in l. 1 C. de arbitr.*) Cui duas subijcit exceptiones. 1. Nisi sordes vel manifesta turpitudo appareat. Atqui hæc exceptio de regula non est. siquidem ipse hoc casu non appellationem, sed exceptionem doli concedit Et illa quidem exceptio non objicitur actioni alicui ex sententia, sed actioni ex stipulatu, si reo per sordes absoluto, & actore iterum agente, reus ex stipulatu pœnam persequatur *l 32. § 14. de recept. arbitr.* Et quod illam appellationis quādam speciem appellat ICtus, effectum rei respicit, quod exceptionis remedio hoc consequatur actor, quòd aliàs remedio appellationis, vt videlicet sententia non sortiatur effectum

Vel partes aliter consenserint.] Altera hæc exceptio est: eademque dubia, quod sc. vt antea dictum *ex l. 1. C. de arbitr.* arbitri pronuntiatum vera sententia non est quæ natura & conditio eius conventione partium mutari non posse videtur: & cum omnis appellatio fiat à judice vel infimo vel subalterno, arbiter neutro modo judex est, quæ vtraque ratio ponitur (licet in diversa quæst.) *à Salic in l 1. C de arbitr. nu. 3. & à Bl. ibid. col. 1* quamvis *Br. & alij ibid.* ne contra fidem cōventionis altera pars decipiatur, non quidem veram appellationem, sed querelā contra sententiam à judice ordinario, revidendā, admittant.

Quid si pœna adiecta non sit] Atqui hoc casu minus robori videatur habere sententia arbitri, & proinde tanto minus dubitandum, ab eo appellari non posse. Nisi hæc fortè ratio dubitandi fuerit Tr. quod isto casu actione pœnali cessante remedium appellationis sit concedendum. Verùm hæc ratio vitiosa est: siquidem eadem semper natura manet arbitrij *iuxta d l 1. C. de arbitr.* & imputent sibi partes, quod stipulationem omiserunt, neque ideò quod hoc omissum est, pronuntiatio arbitri tanto magis sententiæ judicialis vim obtinebit. Planè modò stipulatio licet non pœnalis interposita sit de parendo sententiæ, jure nostro actioni incerti locus est ad interesse, quod ipse tradit *Tr. lit C. ex l. 27.*

l.27.§ si de arb. Quod si nudum pactum intervenerit, succedit constitutio Iustin. *in l.5. C. de recept. arbitr.* de quo casu videtur intelligẽda quęstio hæc Tr. Et sanè cũ ex ea l. post approbationem ex sententia arbitri actio & exceptio nascatur, naturam sententiæ iudicialis ea induere, & quasi transformari videtur: cùm aliàs etiam parti gravatæ injuria inferri videatur, si ei nullo remedio sententiam ab arbitro dictã impugnare concedatur: nisi fortè ratio petitur ab approbatione partis, cui ipsa meritò stare debet: sicut & expresse ne appelletur, conveniri potest, &. vt est *in l. generaliter 12. C. de reb. cred.* qui iuramẽtum detulit, à sententia post sequuta nõ appellat. Et hoc non tantum in expresso sed etiam tacita approbatione communiter post *gloss. in l. 1. C de arbitr. statuunt Dd. ibid. Cyn. in pr. Bald col. 1. Salic. n 1 & Castr n. 4.* vel quod ante 10. dies non sit sentẽtia, tunc autem serò appelletur: vel potius quod imputet sibi, qui nõ contradicendo & patiendo labi decendium sententiã approbauit: contra Bart. *in l arbitro, 9 in § qui satisdar. cog. in d. l. 1. C. de arbitr.* qui appellando antè 10 dies, sẽtentiam non bene latam, sed ut latam simpliciter approbari, & hinc appellationem subsistere contendit. Porrò quęstionem subjectam de sententia à diversis arbitris dicta remittimus *ad part. 2. disp. 23. th. 2. in fin.*

LIT. F.

Affirmat hic Tr. nullum esse arbitrum iuris. Cui assertioni obstat 1. Quod judices bonæ fidei iudicijs præsertim divisorijs, addicti, passim in jure nostro arbitri appellabuntur: qui cum non sint compromissarij, juris arbitri non male appellabuntur. 2. Quod nec compromissarij sunt qui arbitri nuncupati ad quosdam actus singulares dabantur, vt in casu *l. 9. qui satisdar. cog.* quem textum *post gloss. & Dd ibid. & in l. 1. C. de arbitr.* de delegatis interpretantur: puto etiam rectè ad arbitros, ab ipsis iudicib. pedaneis datos referri: licet *Vand 1. q. 14.* eum locum de arbitris compromissarijs interveniente prętoris autoritate explicat 3. Quod *in l. 5. in pr C de arbitr.* compromissarij arbitri opponuntur ijs, qui à iudicibus dati sunt. 6. Quod non nisi arbitri juris dici possunt, qui iudice recusato adeuntur: qui licet à partibus electi, inter compromissarios tamen de quibus hic agitur, referri non possunt: quod nec stipulatio interveniat, & eorum electio non libera, sed necessaria sit, & ab eorum sententia appelletur, de quibus agitur *in l eum specialis, vlt. & in l apertissimi, 16. Cod. h. tit.* quos etiam hoc nomine Dd. *in d. l. 1. C. de arbitr.* appellant.

Qui iuris solennibus non observatis.] Definitio ista vitiosa videtur: quod ratio procedẽdi naturam essentiamque sive iudicis, sive judicij non mutat aut variat, ideoque nec probandum quod tradit *Gail. 1. observ. 150.* eum censeri arbitrum, in quem ita compromissum est, vt observato ordine iudiciali procedat, arbitratorem autem, in quem ita, vt de plano, & sine strepitu & sufflamine iudicij: Quid enim, si hic stipulatio pœnæ addicta sit? aut partes apud judicem conveniant, vt summariè procedat? Et sunt quædam iudicia extraordinaria, & summariæ causæ, in quibus sine strepitu judicij & solennibus procedi solet, de quibus ipse Treutl. *thes. 1. lit. C.* Porrò si res ista ad rationem iuris nostri examinetur, nullus plane eiusmodi iudex agnoscendus est: etenim arbitrator, non tanquam iudex, sed tanquam nudus mediator intervenit: cuius opinatio nullo modo effectum sententiæ habet, eique partes nulla plane necessitate, nec directò, nec obliquè parere tenentur. Adeoque quę de reductione intra triçennium, Gail alleg. ex Dd disputat, minimè pulchra, vt existimat Treutl sed à ratione juris nostri aliena esse existimamus Neque obstat *l. 76 cum seqq. pro socio,* quia arbitrator ibi cum arbitris non eo modo conjungi existimandus est, quasi uterq; iudicis vices pariter sustineret, sed tantum quod vterque aliquid statuit: & materia subiecta docet, arbitratorem non ad decisionem iudicialẽ causæ controversæ ibi assumi, sed in contractu ad definiendas partes societatis: eiusmodi fere etiam arbiter est, in cuius definitionem merces aut precium in locatione aut emptione confertur iuxta *l. 25 in pr. locat. & l ult. Cod. de contrah. empt.* Nõ obstat *l. 6. C. de recept arb.* quæ omninò de compromissarijs, vel arg. rubr. explicãda est. Non etiam *l pen. C. de pact in fin* ibi. *& ad compromissarios & arbitros electos,* &c. quoniam verba illa sunt accipienda explicative, quod cum Iustin. duas iudicum species proponeret, pedaneos & compromissarios, quales hos iudices intelligeret, plenius voluit explicare, nisi quis posteriora verba ad arbitros iuris referre velit, de quibus *in l 16 C. h t.* Secundum quæ etiam explicanda est *l. 14 in pr. C. eod* & de arbitratoribus propriè sumptis ibi non agi, illud indicio esse potest, quod ab his iuramentum, quod ibi proponitur, exigi videatur absurdum: Cæterùm Accurs. verba illa: *qui arbitrium peragunt,* de

arbitris citra stipulationem pœnalem electis, interpretatur.

THESIS V.

LIT. A.

Proponitur hic quæstio, quisnam judex pro reductione laudi sit adeundus. Equidem sunt qui judicem appellationis proponunt, quorum meminit *Salic in l 5. de arb. nu. 14.* Videri possit eius partis judex, contra quem petitur reductio, adeundus: cuius sententiæ ibidem meminit Salicetus. Sed verior sententia est, tum implorari officium judicis pro reductione *Salic. d loco nu. 13.* tum ipsius illius judicis, qui, (vt rectè Treut. remoto arbitramento ordinarius est, adeoque semper judicem rei, etiamsi hic gravatus proponatur: idque est, quod sæpe d. loco, licet dubitans Salicetus refert ex Bartolo, posse implorari officium judicis coram judice ipsius implorātis: siquidem, vt paulò ante dictum. pronuntiatio hujus arbitri nullum iudicialis sentētiæ habet effectum. Aliàs probata sententia communi, quæ pro judice arbitrum istum habet. videri possit, arbitratoris iudicem adeundum, & apud eum iniquitatis querelam instituendam esse, cum petitio reductionis speciem appellationis habeat.

LIT. B.

Connexa priori proponitur quæstio, an à sententia iudicis laudum confirmantis appellari possit: cuius decisio, non usque adeò difficilis, vt Tr. putat, esse videtur: siquidem judex ille, non ut arbiter, & arbitratoris vicem sustinens, vt malè putat Salicet *in l. 5. C. de arb. num 18.* (vbi ex falso isto præsupposito jus appellandi negat) sed ut judex ordinarius aditur, quod ipse Treut. *quæst. præced.* respondit, qua de causa etiam novas probationes admitti, *ipse Salic scribit d. loc. n. 26. Fac. l. 79. pro soc* vbi ICtus ait, iniquitatem arbitrii instituto iudicio corrigi, quo casu appellari posse dubium non est. Quinimò ex vera ratione iuris in judicio illo nulla confirmatione aut retractatione opus esse, sed simpliciter de causa principali quæri, & super eadem pronuntiari existimo.

Illud certum est.]Quæ hic sequuntur non arbitratorem, sed ad arbitrum compromissarium pertinent. Vbi de illo videndum, quod arbitrum mulctam dicere posse negat. Quod quidem ex præmisso arbitrum non posse statuere, nisi de eo in quod compromissum est, nō satis benè inferri videtur: quod ea ratione magistratui quoque judicanti super causa privata, jus dicendæ mulctæ adimi possit. Concedit tamen Tr. arbitro jus puniendi contumaciam litigatoris, *ex l. 39 de recept. arbitr.* vbi dicitur, quod arbiter contumaciam litigatoris punire possit, pecuniam eū alteri dare jubendo. Quod dupliciter explicant Dd. & Bart. ibid. vel quòd arbiter non facta restitutione juramentum in litem alteri deferre, vel quòd contumacem mulcta pecuniaria coercere possit: quod ipsum tum demum admittunt, si nominatim potestas mulctandi arbitro fuerit concessa, quod sequitur *Muscorn. de iurisd. n. 113.* Verum explicatio prior ideò non placet, quod *in d l. 39* non deferenda sententia, sed de irroganda aliqua pœna pecuniaria, tractatur. Neque verò locum illum de ea pecuniæ datione, quæ per sententiam imponitur, commodè explicari, illud indicio est, quod *in dict l. 39* propositus casus, quo mulctandi ius negat ICtus, & quem utique cum priori in aliquo similem esse oportet, nullo modo ad eiusmodi contumaciæ genus, quod lata sententia coerceatur, referri potest: ne dicam, quod cum super quavis re in arbitrum compromittatur, admissa illa explicatione non rectè pecuniæ dandæ mentionem fecisset ICtus: & quod continuatione processus contra absentem & promulgatione sententiæ non directò, sed per obliquum contumacia puniatur: cùm præsertim modus ille puniendi cōtumaciam ex nova constitutione Iustin. *in l 13. C. de iudic.* esse videatur: neque verò propter quamvis contumaciam in judicio commissam statim ad sententiæ dictionem poterit procedi, Altera explicatio Dd. divinatoria est, & contra generalitatem textus *in d l 39.* Ideoque defendi posse existimo etiam contra Tr. jus mulctandi habere arbitrum: non obstante *l de die 27, §. 4. de arbitr.* non quod vel *in d. l. 27.* vel *in d. l. 39.* ita nominatim in compromisso cautum sit, vt ibi respondent *Gloss. & Bald.* quàm potius quod specialis *in d l. 27.* proponitur contumacia, quæ sc. directa est principaliter ad impediendā ferri sententiam, vt perinde habeatur, atque si ipsi sententiæ paritum non fuisset. Neque nouet ratio *Costalij in d. l 39.* quem sequitur Tr. quod arbiter vtpote homo privatus, non possit iubere mulctam fisco inferri: quoniā hæc de qua quærimus non est vera mulcta. quæ tantùm à magistratu irrogatur *l 1. §. ult. de iudic l. 131. in fin de V. S.* sed effectum mulctæ habens, & non fisco, sed adversario, vt ipse textus habet, applicatur, & pœnam indictam non solvens ex stipulatione pœnali, perinde atque si sententiæ non paruisset,

set, tenebitur. Quod si dixeris malè arbitrio cōcedi, quod nusquam iudici pedaneo permissum legimus: respondebo differentiæ hanc rationē esse, quod partes mulctandi in hoc casu sunt prætoris, qui judicem dedit, & ab hoc dictam sententiam exsequitur, *l. 15. in pr. de re iud.*

Ex *sententia verò arbitri.*] Propositio hæc Tr. quod ex sententia arbitri tam actio nascatur quàm exceptio falsa esse videtur: quia sententia arbitri non sustinetur proprijs viribus, sed sola stipulatione pœnali, cuius metu sententiæ paretur. Et vtrique membro propositionis illius contradicunt, de actione, *l. 1. C. de recept. arbitr.* de exceptione *l. 2. ff. eod.* quæ tantum exactionem pœnæ, ex stipulatione scil. esse docent. Neque obstat *l. 5 Cod. d. t.* quæ ut paulò ante notatum ad casum singularem pertinet, quo nudo pacto citra promissionem pœnæ compromissum est: nā quod de arbitris juramento receptis statutū est à *Iustin. in l 4. C. de arbitr.* ab eod. mutatum est. *N. 82. c. 11.* Et de hoc scil. casu compromissi nudo pacto facti agitur etiam *in pr. d. l 5.* quomodo etiam *Gloss. & Bart. d. l. 1. cum d. l. 5.* componunt. Mihi tamē scrupulum hic movet, quod ex ratione juris nostri arbitrium omne stipulatione vallatum esse oportet, neque aliàs arbiter à prætore sentētiam dicere cogitur. Neque hic satis apparet, posterioribus legibus esse aliquid mutatum: & vt maximè Iustin. de exceptione, non tam ex sententia, quàm ex pacto descendentem accipias, vt qui pactum etiam nudum fecit de parēdo sententiæ, exceptione pacti postea contra sententiam veniendo, repelli possit, quam explicationem Iustin. etiam verba *in d. l. 5. in pr.* admittunt, ibi, *exceptionem ei velut pacti generari*: attamen ita non satis removetur illud, quod ex ratione iuris nostri compromissum stipulatione tantum intercedente rectè fieri diximus. Neque enim explicare possis Iustin. de casu singulari qui proponitur *in l. litigatores 11. §. interdum. 3. de arbitr.* vbi nudo pacto sit compromissum inter vtrinque debitores, & utrinque si non pareatur sententiæ arbitri, de non petendo paciscentes. Verum ista alijs considerãda relinquamus. Facilius sanè est, vt exceptio detur quàm actio, & ut interveniente pacto exceptio nascatur, cum ex communi ratione iuris actio ex pacto produci non possit. Verum Justin *in d. l. 5. C. de recept. arbit.* quod ibid. communiter notant Dd. æquitatem imò æqualitatem ob oculos habuit, neque ex incerto eventu jus compromissi pendere voluit, sed æquum esse putavit, vt cum vtriusque compromittentis par ius & ratio sit, in quemcunque etiam eventum sententiæ, ab arbitrio latæ, æqualiter utique compromittentium cōsulatur. Et ita sanè est, vt ferendum non sit, reo quidem absoluto exceptionem, actori autem victori contra reum condemnatum nullum remedium superesse: & vix est, vt unquam ita jus fuisse, quin potius Tribonianum ignorantia juris veteris lapsum hic esse ferè mihi persuadeam. Illud enim utique minimè tentari potest, vt textus ille de arbitratoribus accipiatur, per ea quæ paulò ante sunt disputata.

THESIS VI.

LIT. A

Parum concinnè conjungit hic, prælatū, Iudæos, paganos, vasallos Et quidē quod de prælatis dicitur, accipi oportet, (alias enim nulla esset ratio dubitãdi) de compromisso super bonis Ecclesiæ, quæ ipsi fructuario jure tenent. Adeoque, cùm præsertim ex ipsius Treut. sententia lit. G. compromissum sit species quædam transactionis, tentari possit contra Treutl. non rectè hic compromitti. Et Alexander allegatus sententiam Tr. non probare, sed tantùm hoc affirmare videtur, quod prælatus conveniri possit ex stipulatione pœnali; & hoc tamen argutatio quædam videtur, & forsasse verius, vbi super ipsa re compromitti non potest, nec stipulationem pœnalem valere.

Pagani] Hi vtique res proprias possidere, & in iudicio litigare possunt, quod apparet *ex titulo C. de Pagan.* cum illo tempore nondum omnibus conversis ad fidem. cives etiā essent: quod hodie secus est, & moribus nostris pagani non nisi inter peregrinos referri possunt, quibus tamen ius & iustitia administranda erit.

Vasalli.] Ait eos compromittere posse, modò nihil fiat in præiudicium domini. Atquin hoc potius quærendum, an hic aliquod præiudiciū domini versetur Equidem nemo in alterius præiudicium compromittere potest. Quod si ita intelligit, non posse compromitti, vt alteri per sentētiam feudum adiudicari nequeat, neque dist. Clarus malè allegat & eo ipso compromittere cum non posse efficietur: contra textū *in tit d. L. Cōtra ... & in cap un de investitur. in marit facta.* Neq; obstat quod Clar. movet, vasallū de feudo disponendi & illud alienandi potestatē non habere: quia arbitria iudiciorū instar habent *l. 1. de arbitr.* adeoque perinde erit ac si apud iudicem super feudo contestatum fuisset.

LIT. B.

Hic quoque parum concinnè copulantur diversæ personæ, servi, impuberes, mulieres, furiosi. Et nimirum hæc res non exemplis nudis, sed regulis explicanda erat. Et coniunguntur personæ quæ simpliciter, & quæ secundũ quid, & ex diversis planè causis prohibentur. Scilicet mulieres rectè compromittunt, nisi quatenus compromissum incidit in speciem intercessionis, adeoque hoc pertinet ad tractatum de Velleiano. Impuberes, furiosi, sicut & prodigi, sub locum communem pertinent eorum, qui nec obligari possunt, nec idoneam in iudicio standi personam habent: ex quibus duobus æstimandum videtur, an aliquis compromittere possit nec ne. Posterior ratio militat in servo, vt docet *l.3.§.si servus 8.de pecul.* vt nec actio de peculio ex ea causa in dominum detur, de quo benè *Cuiac 8.obs.11.*

LIT. C.

Hunc quoque locum, in quos compromitti possit, tantum per exempla tractat Tr. Dicendum videtur, eum qui judex esse potest, etiam arbitrium rectè suscipere, ex ratione *l.1. de arbitr iuncta l.41 eod* vbi ex eo, quod minor 20 annis judicare non cogitur, nec rectè in eum compromitti infertur: Et repugnat textui, quod *Pet. Fab. ad l.2. de reg iur.n 27.* minorem suscepto officio iudicis sententiam dicere cogi existimat. Et hac in re fatendum est aliam arbitrij esse rationem *per d.l.41* qua à minore 20 annis arbitro sententiam dictam invalidam esse probatur, quæ tamen sponte dicta ab eo iudice proculdubio valebit: *facit l 57.de re iud.* Et triplex ratio dari potest, propter quam facilius judex quàm arbiter aliquis esse queat. 1. Quod ille iudicet autoritate publica, hic privata. 2. Quod ille ex præscripto formulæ, hic ex arbitrio judicat. 3. Quod illius sententia appellatione emendari potest, huius sententiæ metu pœnæ, sive æqua sive iniqua sit standum est.

Etiam in dignitate constitutos.] Hoc quidẽ caret omni dubitandi ratione, quã tamẽ subesse particula *etiam*, arguere videtur. Et illud inconcinnum quod hi cum infamibus coniunguntur.

LIT. E.

Si partes eum elegerint.] Frustra hoc adjectum est, siquidem nullus est compromissarius citra partium electionem. Et in hoc iniuriam facit VVesembecio, qui loco allegato verius esse a t minorem 20. annis jure civili arbitrum esse non posse & respondet *ad l.57.de re iud.* quòd illa non de arbitro, sed de delegato loquatur.

Quod arbitrator esse possit.] Particula *hodie* supervacua videtur, quod nihil hac in re mutatũ esse ostendi possit: & cum ut sæpè dictum, arbitrator iudex non sit, quo minus à minore 20 annis etiã olim remedia transactionis proponi potuerint. dubitari nec potest nec debet: quia in re diversa arbitrij ratio, qui sententiam dicere cogitur, & adeo in susceptione arbitrij quædam subest læsio, quæ etiam restitutioni locum facit, *l.41 in fin.de arbitr.* Et frustrà huc affertur *auth. si verò C.h.t* in qua nihil de minore, sed hoc rãtum deciditur, quòd Episcopus cum suspecto judice causam audire, eamque vel iudicialiter debeat terminare.

LIT. F.

Inter arbitri prohibitos refert hic iudicẽ ordinariũ. Quæ sententia verbo *ordinarij*, eo modo, quo th.3 sumitur, (quomodo accipi à Treut. inde colligere licet, quod juri civili hac in re iure canon. derogatũ esse non obscurè existimat) accepto, vera non videtur: vel quod non facilè statuenda est diversitas iuris civilis & Can. quo in ordinarium iudicem compromitti potest *c.5. & 10 de arbitr* vel quod utique nihil impedimẽto esse potest, quo minùs verbi causa in prætorẽ vel præsidem rectè compromittatur. Nec obstat *l.9.§ 2 de arb.* quia loquitur de iudice pedaneo, qui cum ex formula suscepta iudicare debeat, arbitrium eius controversiæ non rectè in se recipit. Illud verò frivolum quòd huic juri, vt ne compromittatur in iudicem ordinarium cõsuetudine putat esse derogatum: respiciens proculdubio ad id quod Accurs. notat & objicit *in d.l 9 §.2.de arbitr.* solere iudices antequam sententiam ferant, transactionẽ tentare inter partes: quia hoc non iudices pedanei, sed magistratus ordinarij faciunt. nec malè respõdet Accurs. iudices ita agere vices non arbitrorum, sed arbitratorum. Ex quo quidem confirmantur, quæ paulò antè de arbitratoribus diximus, eum iudex, quo casu concordiam tentat, non iudicis, sed mediatoris vice fungatur, & quicquid ita inter partes actum est, non autoritate iudiciali, sed iure transactionis valeat. Hinc etiam decidi potest quæstio quam Accurs. movet, an in delegatum hodie compromitti possit: quod quidem non de delegato ad certam causam, sed ad universitatem rectè affirmatur, de quo genere delegati agitur *in c penult de arbitr.*

LIT. G.

Non criminali, nisi agatur civiliter.] Propriè loquendo ieiuna & nulla hæc limitatio est: quia hæc

hæc causa civilis est, iuxta distinctionem & explicationem ab ipso traditam *thes 1.*

Non super rebus meri imperij.] Hæc quidem tautologia est, quia omnis meri imperij causa criminalis est, & vice versa, iuxta tradita ab ipso supra *disput.3.thes 5.*

Vel mixti.] Repetenda huc sunt tradita supra *d disp.3 th.4.* vbi quænam mixti imperij sint, explicatum. Porrò cum compromisso nec imperium, nec iurisdictio tribuatur, vbi quæritur, super quibus causis compromitti possit, non ad iurisdictionis, an imperij sint, distinguendum, sed ex conditione causarum de hoc iudicandum videtur.

Nec super re iudicata.] Cùm ipse compromissũ cũm transactione hic comparet, dubia videtur exceptio qua super re iudicata, si huic per partes renuntiatum sit, cõpromitti posse affirmat: cum textus iuris simpliciter super iudicato trãsigi posse negent, quibus aliàs facile fraus fieri, imò manifesto illi eludi possent: neq; verò permitti debet, vt publica autoritate decisum, à privatis rursus in controversiam vocetur. Et allegatum *cap.exposita.11.de arbitr.* sententiæ Tr. potius refragatur, quippe quod compromissum super iudicato factum omninò improbet & annullet.

THESIS VII.

Thesis ista neque cum præcedentibus, neque cum sequentibus cohæret: siquidem tradita *th.3.th 8.& seqq* ad iudices, de quibus hac th. tractat, sive quæras de ipsis qui dantur, sive à quibus dantur, accommodari non possunt. imò *ipsa lit.A hac th in alleg.* proposita, cum iure veteri, quod in ipsa th. proponitur, nullo modo conveniunt. Et omninò Tr jus vetus cum novo confundit, & æquivocè verbum *iudicis*, modò pro magistratu, modò pro pedaneo iudice, citra vllam cautionem confusim usurpat.

LIT. A.

Quibus ut lege.] Ius dandi iudices speciali hic concessioni acceptum refert, quod tamen *supra disp.3 th.4 lit A.* dixit esse iurisdictionis Atquin hæc duo inter se opponuntur *l 1. in pr. de offic. eius,* de quo vide notata supra *ad d th.4.*

LIT. B.

An etiam gravi crimine notati.] Distinguendum hic videtur inter ordinarium magistratum, & iudicem pedaneum: & an judex aliquis dari, an contra eum datum excipi, & an ipse datus, ne iudicare cogatur se excusare possit. Et constitui quidem infamis magistratus ex certa scientia à principe, & contra eum constitutum difficilius, contra pedaneum iudicem autem facilius à partibus excipi & ille ob periculum corruptionis à partibus recusari poterit: ipse autem datus, quo minus iudicet, vix se poterit excusare *arg l un C. d. infam. iuncta.l.18.§.14 d. mun & honor.* quæ etiam est sententia *Castrens. in l. cum praetor.12.§.2.h.t.* Vt proinde speciale videatur in eo qui ob turpitudinem ex senatu motus est *in l. 7.de senator.*

LIT. C.

Non habeamus cæcum.] Probatur hæc sententia ex *l.6.h.t.* quæ male de eo, qui post susceptũ officium ex casu talis factus est, explicatur: quia vt iudex pedaneus super privata speciali causa datus interim cæcus efficiatur, non nisi de rarissimè contingentibus esse potest. *Facit l.12 §.2.h.tit* Vbi tantum muti & surdi fit mentio: ex quo cæcum iudicem dari posse, ibidem colligit Castrens. Planè dubium non est, quin contra eiusmodi iudicem excipi à partibus possit quod à cæco multa minus commode expediri queãt. Quod si, vt ipse iudex sententiam ex scripto recitet, necessarium hodie est, ex *l.pen.Cod de sent. ex pericul.* vtique cæcum iudicem esse non posse consequitur: de quo actum etiam supra *disp. 4.th.1 disp.8 th.2.lit.B* quibus locis ead hæc quæstio à Tr proponitur.

LIT. D.

Habemus imperitum iuris. Negat hic Tr. imperitum iuris iudicem dari posse. Cui obstare videtur, non tàm *l pen C h.t* quàm potius quod iudices dari olim magis de facto quam iure cognoscebant, vt ipse tradit Tr. supra *disp 4 th 1.lit. G* & quod iudices ICtos consulere solebant *arg. §.responsa Inst d. iur. nat* & sane olim eam ICtorum copiam fuisse, vt omnes iudices periti essent, verosimile non est. Et proinde, non tãtum inter magistratum distinguendum est, & iudicem pedaneum, sed amplius, inter ius vetus & novum: vt illo quidem etiam imperiti iuris potuerint esse iudices, non autem hoc, videlicet post *Nov.82.* qua Justin in iudicibus requirit peritiam iuris, nec aliunde eos vult emendicare, vt ipse loquitur, iudicandi honestatem: & hoc se in iudicibus ordinarijs ad decisionem controversiarum deputatis *d Nov 82.in pr & cap.1.* Nihil autem mutatum in magistratus administrationi alicui præpositis, qui frequenter etiam homine

homines militares, assessoresque habebāt, quibus imputabatur, si quid minus rectè iudicatum fuisset Cæterum Tr. non rectè videtur cœpisse Dd, quos pro diss. allegat, qui tātum abest, vt in iudicibus peritam iuris desiderent, vt etiam imperitos literarum admittat, de quibus etiam non imperitis iuris, disputant *l. pen. C. h. t.* idque ita affirmāt *ibi Cyn. Bart. Sal. & Castr.* quibus tamen obstat *l pen. C. de sent. ex peric* cui non convenit, quod ibid *Cyn. & in d. l pen* sufficere existimat, si per notarium præsente iudice legatur sententia: quòd ita nulla esset, quæ *in d l. pen.* in hoc statuitur prærogativa magistratuum maiorum quam rationem *post Gloss. in dict. l pen, C. h. tit.* expendit contra Cyn. *Salic. in d. l pen. C. de sent. experic.*

LIT. E.

Octodecim annis minorem.] Hunc planè removet Tr. à facultate judicandi: pro quo non facit *l. 12. § 2 h. t.* quin oppugnat magis. quòd exclusio impuberis videatur includere puberem. Sicut & magis contra eum facit *l. quidam 57. de re iud.* quæ inter consentientes minorem 18. annis judicare posse cōfirmat: quomodo etiam locum illum accipit *Accurs. in d. l. 12. h. tit & post eū Bart. & Castr. in d l. 57* vbi quatuor ætates distinguūt, impuberis planè inhabilis: puberis vsque ad 18. annum, habilis ex consensu partium, vel si à principe datus sit: vsque ad 20. annum, habilis etiam citra partium consensum, vt tamen sententiam dicere non cogatur *l. 41. de arbitr* & denique post 20. annum simpliciter habilis, vt etiā cogatur, nisi quod, vbi periculum læsionis est, restitutionem implorare posit. Planè Iure Canon. nec consensus partium minoris 18. annis personam legitimare posse videtur, *ex cap. cum vicesimum, ant. pen. d. offic. deleg.* quam diversitatem iuris civil. & Canon. not. *Cast. in d l. 57. de re iud.*

LIT. F.

Proponitur hic pugna & conciliatio *l. 10. de iurisd cum l. 77. de iudicijs.* Vbi videtur distinguēdum inter magistratum & iudicem datum, quò ad hunc non rectè distinguitur inter causas publicas & privatas, quia super his tantum iudices dantur: non etiam inter ius dicere & iudicare, quoniam non ius dicere, sed tantum iudicare dicuntur iudices pedanei, de quibus cum hic agatur, non rectè hæc distinctio proponi videtur. Nominatus autem iudex, V. C. filius in casu patris, rectè se excusabit, & à parte adversa rectè recusabitur: admissus autem à patre, & à magistratu datus addictusque, iudicare & poterit & debebit non obstante patria potestate. Quod sc. innuit *l 78 d. iud.* quæ judicare minus publicū esse tradit: quibus verbis removetur obiectio, quæ à iure patriæ potestatis poterat desumi, quod nimirum hoc in muneribus publicis non attendatur *l. 9. de his qui sunt sui vel alieni iuris.* Circa magistratum, distinctio inter posse & debere, non divinatoria, sed vera & omninò admittenda est: vt sc. etiamsi nihil hic opponatur vel excipiatur, rectius tamen facturus sit magistratus, si super eiusmodi causa alteri mandet iurisdictionem: cæteroquin tamen ius in ea dicere possit *arg d l. 10 d. iurisd.* qua monitione opus non fuisset, si nullo modo magistratus ius dicere potuissent: nisi fortè posteriori iure hic aliquid mutatum *l. un C. ne quis in sua causa & l. v. Vant. d. Nullit. ex def. iurisd n. 64* Neque putamus diversas hac in re fuisse sententias ICtorū, cuiusmodi diversitatem minimè, vt malè existimat Treut innuit *l. 6. de arb.* quippe cui optime convenit cum *d 77. d. iud.* neque quod ibi plerisque placuisse dicitur, inde scholas & sectas ICtorum, in diversas abivisse sententias, vllo modo inferri potest vide etiam de hoc notata supra *disp. 3. th. 8. lit. A.*

Illud dubium non est.] Extra propositam materiam hoc affertur, tanto incommodius, quod cum tota hac th. agatur de iudicibus datis pedaneis, hi omninò nullam habuerint iurisdictionem.

An in causa libertatis.] In quæstione hac an in causa libertatis dari potuerit iudex, nescio quā ieiunam affectat subtilitatem, dum ait, prætores, vsque ad Constantini, præsides usque ad Diocletiani tempora iudices de libertate dari potuisse: cæterùm verbis istis nihil aliud dicere videtur, quàm morem dandi iudices à Diocletiano in provincijs, à Constantino Romæ fuisse sublatum, & adeò re ipsa quæstionem propositam affirmat. Et ideò simplicius dixisset potuisse in causa status dari iudices: etenim sublato in universum more dandi judices, nec de causa status potuisse dari cōsequitur. Duplex itaque hic quæstio enascitur: an & quando fuerit sublatus dandi judices mos: 2 an olim de causa status iudex dari potuerit. Accedit 3. incidēter, an præses potuerit cognoscere de causa status Illud initio non satis benè, quod prætorem ita opponit præsidi, quasi tantum in vrbe Roma prætor fuerit, cuius contrarium apparet ex *Nov. 15. 25. 29. & 104.* sicut & sub libera Rep. in provincias

vincias multas prætores missos fuisse constat. Ad primam quæstionem pertinet *l.2.C.de pedan. iud* ex qua præsidibus ipsarum causarum notio iniuncta est, extra quam si impediant occupationes *d.l.2* vel si causæ essent viles aut humiles *l.ult.C.d t.& N 82.cap.5.* vt rectè notat *Cuiac. in parat C.h.t.Scip.Gent.2.de iurisd c.21.* Et hactenus perspicua *d.l 2.* sententia sicut & *invers quod non ita*: in quo facultas dandi judicis negatur in causis, quæ etiam antea ad cognitionem Magistratuum pertinebant, ne alias jurisdictio præsidum videatur imminuta. Sed vers. *ult. dum tamen,&c.* obscuram planè habet sententiã: quod aut causæ illæ ingenuitatis, quarum ibi fit mentio, antea poterant delegari, & pertinent ad primum membrum: aut non poterant, & pertinent ad secundum. Vt proinde negationem locus ille videatur desiderare, *super qua etiam non poterant ante cognoscere*: vt sit exceptio à primo membro quod scil. hæ causæ sint redactæ ad instar earũ, quæ antè cognitionis prætoriæ erant, & in ijs nec propter occupationes liceat dare iudicem. Vix enim est, vt tria causarum genera statui possint: aliud earum, super quibus (videl. ex more judiciorum) iudex quasi necessariò dãdus erat: aliud, in quibus necessariò ipsi magistratus cognoscebant, aliud denique inter medium, super quibus pro arbitrio & iudicem dare, & ipsi poterant cognoscere. Vix etiam est, vt admitti possit explicatio *Scip Gent.2.iurisd 21.* quòd præsides olim non jure præsidum, sed jure prætorio vel proconsulari de causis status cognoverint: vt videlicet *h.l.2.* jus prædum hactenus auctum sit, & ipsi qua tales de ingenuitate cognoscant: adeoque verba *super quo poterant antea cognoscere* aliquando eos, videlicet, iure prætoris vel procõsulis in provincias missos potuisse significent. Iuvatur planè hæc explicatio ex *l.1.C. d.ord.iud.* qua de causa status præsidem cognoscere non potuisse, non obscurè ostenditur, quod firmat *Plin Epist 77 ad Traian.* & probat *Cui. in recitat. ad tit C de Carb.edict.* licet in contrarium vocet, quod absurdum videatur, supremum in provincia Magistratum cognoscendi ea de re jus nõ habuisse: cum præsertim alius in provincia non fuerit, ad quem ea res potuerit spectare: & omnium omninò causarum, quæ Romæ à varijs judicibus & Magistratibus expediuntur cognitio ad præsidem referatur, isque omnium Romæ Magistratuum officio fungi dicatur *l.10. 11 & 12.d.offic præsid.* Neque deest alias quod ad *d.l.2.C.de ord.iurid.* respondeatur: vel quod intelligatur de ordinario procedẽdi more, secundum quẽ in causa status iudex dandus erat: quo sensu *in d.l.2.C.d pedan iudic.* præsides de causis civilibus antea cognoscere potuisse negantur: vel quod verba *d.l.1.& si super causa status cognoscere non possit*, ad judicem à præside, super causa rupti testamenti datum referri possunt, cũ *Gov. 1 variar 34* quem sequitur *Hotoman 6. observ. 6* quod scilicet illis verbis *adite præsidem provinciæ*, cognoscendi necessitas ipsi præsidi imposita non est *l.8.& 9.de offic præsid* vel denique: quod illa verba non arguunt defectum jurisdictionis in præside, sed respiciunt qualitatẽ judicij possessorij ibi intentati à pupillo, cui quæstio status movebatur, qua ex dicto Carboniano in tempus pubertatis differtur: quam explicationem, sed tamen à mente Imperatoris paulò alieniorẽ, suppeditat *Accursius* & sequuntur *Cyn. Castr. & alij Doct.in d.l.Cod ord iudicior.* Aliæ explicationes frigidiores sunt, velut *Lyclama 1. memb. 16. Pac.in l.6.C.de reb.cred.vt d.l.1.* de Præside alterius provinciæ accipiatur: velut de quocunque iudice, qui causæ præesse dici potest, explicetur, quam ibidem refert Cynus, vel illa verba, *& si super causa status, &c.* per concessionem dicta intelligantur, relata ab eodem Cyn. & probata *Donell.17.commen.9.* Illud quoque ferri non potest, vt *in d.l.1* legamus, *adite præsidis delegatum*: quippe qui adire non potest: neque illud *Anton Fab.17.coniect.8.* vt verba, *accepto iudice*, textui inserantur. Vide etiam *ad d.l.2.C.de pedã. iudic.& ad d.l.1 C.de ord. iudic. Don.17. comment. 22 Longoval.de iurisd.p.1.c.2.& 3.Forn. 2. select. 23.* Porrò an eodem tempore Romæ & in Italia ius dandi iudices absoluerit non satis in proclivi est: neque ex eo, quod formulæ & actiones non amplius peritæ & impetratæ *l.1.& 2.C. de form.& impetrat* satis solidè concludi potest iudices amplius ferri non potuisse. Neque probat hoc *l.1.C de off prætor.* vt maximè admittas per eam prætori iniunctum, vt ipse de causa status cognosceret, quod existimant *Scip.Gent.1.de iurisd.21.Revard 3.var.20.* licet nec absurda sit explicatio *Hottom 6 obs 6.* quod cùm olim causa status iudicij centumviralis esset, ea constitutione prætoris facta sit propria. Quin quod in specie de causa status *d. l. 1.* loquitur, in alijs causis morem antiquum obtinuisse concludi possit: quem tamen sensim sublatum, eique desuetudini sublatum, veterem procedendi ritum causam dedisse facile admittam. Superest postremum, quod secundo

loco propositum erat, an olim super causa status iudex dati potuerit. Quod Dd communiter negant *in d l. 1. C. de ord. iudic. & in l. 3 de iurisd.* vbi causas status faciunt imperij mixti, in quibus non admittunt delegationem. Et facit *l. 32. § 7. de arb.* quæ maiores iudices in causa status requirit. In contrarium faciunt quæ affert *Revard. 3. var. 10* tum ex alijs auctoribus, tum *ex l 8. d. lib. caus. & l. 9. in prin. eo* quandoquidem à prætore partes ad iudicem pedaneum mitti dicebantur, qua forma loquendi vtuntur IC. *in d l 8 & 9* Facit *l 7. § 1 in fin. de petit. hæred.* quod non nisi delegatus aut pedaneus iudex iuberi potest partibus suis fungi. Neque obstabit *d l. 32. § 7. de arbit.* vel quòd etiam pedanei iudices cum arbitris priuatim electis collati, maiores iudices dici possũt, vt *Revard. disp. 3. var. 20.* vel potius quod *in d. l. 32* non simplex decisio & cognitio quæ ad iudicem pedaneũ spectat, sed tota tractatio causæ consideratur, in quam etiam prætoris, qui aditur, formulaque data iudicem constituit, autoritas & cognitio versatur: cum in arbitros mera priuata conuentione compromittatur.

THESIS VIII

Proponitur initio aliquid de reiectione iudicis, quod rectius tractatum fuisset *th. 11.* Iure veteri, de quo etiam aliquid notatum suprà disp. 4. cum præsentibus partibus iudex assignabatur, statim eum repudiare licebat: quo referri potest illud Plinij in panegyr. Sors & vrna iudicem assignat, licet exclamare, hunc nolo, hic timidus est. Cæterum ad rationem illam, qua etiam absentibus partibus iudex dati potest, alio modo opponendi & recusandi opus. Ordinario plane magistratui, exceptio ab imperitia iuris aut ætate, de quibus in præcedentibus actũ est, non obstabit: vt proinde non satis bene *lit. B* huc referatur tractatio & explicatio *l. 3. de off. prætor.* in qua de prætore agitur: cuius tamen decisio etiam in iudice pedaneo locum habebit, quod & hic autoritate publica & personã a magistratu sibi impositam gerens iudicet: ex quo responsio est *& l 19. qui & à quibus & ad l 44 § h t.* quomodo etiam *d. l 3 post Dd ibi.* limitat. *Ias. col. antepen.* qua de re etiam *Cuiac 18. obseru. 33. Govean. 1. variar. 7. Hottom. illustr. q. 17. Ant. Contius p 1. disp. iur. ciuil. c. 2* Qua de causa rectè *Ias d loc. col 10. & 11* decisionem *d l 3. off. præt.* negat habere locum in notario putatiuo, cuius scilicet actus nulla electio defendit, sed ipse se ingerit. Illud rectè Tr. quod Dd notat, qui *ex d l 3.* extruunt regulam, quod cõmunis error faciat ius, quippe quod in eâ *l & in l. 2. C. de sentent. in l. 1. C. de testam. & in l. 3 ad Maced.* actus aliqui propter publicam vtilitatem favorabiliter sustinentur, & hoc operatur opinio & error, vt perinde sit, ac si ab homine libero actus illi celebrati fuissent. Specialis autem ratio est *l. 3 in fin. de supell. legat.* vbi error decidit quæstionem, an argento contineantur candelabra argentea, ad hunc effectum, vt legatario debeantur: quam quæstionem cũ communis vsus decidat, rectè ius facere dicitur: licet inspecta rei veritate error sit & abusus imperitorum, quomodo ibi legẽdum est, nõ, *imperatorũ*: & suauiter Accursius ibi disputat, quomodo imperator errare possit, qui tamẽ omnia iura in scrinio pectoris sui habere dicitur.

THESIS IX.

LIT. A.

Præterea sacerdotes] Cum præcedentibus minus rectè hæc connectuntur, quæ ad magistratus & iudices ordinarios pertinent: cæteroquin clerici à laico magistratu dati, vel vt hodie loquimur, delegati, rectè de causis laicorum iudicabunt: licet non facile eiusmodi negotia suscipere debeant *Argument l. 33. C. de testament.*

LIT. B

Non tamen vicissim.] Vitiosa hæc oppositio est, quod diuersa est quæstio de iurisdictione, & de exemptione. Plane quo minus laici à clericis magistratibus iudices dati possint, dubium non est verum Treut hæc sententia est, quod iure iurisdictioni laicorũ clerici sint subiecti: ideoque dicendum erat, clericos non esse iustos iudices in causis laicorum, at bene laicos in causis clericorum: quod hi non cõditione sua, sed exemptionis iure liberi sint ab illorum iurisdictione: quã partim beneficio & facilitate principum, partim ambitu proprio & pontificũ sunt consequuti: vt proinde cum pontificijs erret *Ant. Fab. in l. 38 de pact* exemptionem illam referens ad ius divinum. Commiscet autem Tr. diversas quæstiones, an hodie sint exempti clerici, de quo cõstat, & an sint exempti iure, de quo minimè constat: vide hac de re tractatus varios à doctissimis viris in causa Veneta, ante aliquot annos editos.

Itaque vice versa.] Ait, in quibus causis clerici audientiam habent nec quoad factum iudicem laicum rectè cognoscere. Atqui n si iure exempti non sunt clerici, vt Tr disputat, & audientia, quã clerici habent ipsis non tribuit iurisdictionem, nec à iurisdictione laicorum ipsos eximit, cõsequenter ea nec tollet laicorum iurisdictionem

nem, & ita laici, de causis illis omnino poterunt cognoscere & iudicare. Et sane ita est, vt ex ratione iuris nostri audientia clericorum cum iurisdictione laicorum concurrat. neque illa ad certas causarum species limitata sit, sed hactenus Episcopis concessa, vt antequam res ad iudicium seculare trahatur, illi prius causas audiant & pro conditione rei componant.

LIT. C.

Vnde in quibus causis] Ait, quod clerici in quibus locis contraria iuri pontificio invaluerit cõsuetudo, sine culpa iurisdictioni laicorum submittere possint. Atqui aut quæritur de eo quod iuxta sententiam Tr. ex ratione & iure ciuili obtinet, & etiam citra consuetudinem sese submittere poterunt: aut de iure Canonico, & secundum illud consuetudo eiusmodi valere non potest, *per cap. 12. de for. comp.* & porrò cum clerici sanctionibus pontificijs teneantur, circa culpam eiusmodi consuetudini submittere se non poterunt.

LIT D.

Per reconventionem.] Quæstio in eo posita videtur, an reconuentioni locus sit, vbi est incompetentia iudicis: quod quidem negat *Ant. Fab. 20 coniect 5.6 & 7.* qui restringit ius reconuentionis ad causam, quo reconuentus alias priuilegio fori defenderetur. Quo sanè admisso ferè tolleretur ius reconuentionis: & repugnat ea sententia textibus generalibus, & rationi quæ ius reconuentionum suasit & introduxit, iuxta *l. 1. & §. 5. & l. 22. h. tit. l. 14 C. de senten N 96. 2.* de quo *infr. disp. 25. th. ult.* Videtur hæc Tr sententia defendi posse iure tacitæ prorogationis: & tamen ex hoc ipso dubia fit, quod clerici expresse prorogare non possunt: nisi maiorem hic dicas vim prorogationis tacitæ, & ab ipsa quodammodo lege introductæ: quæ citato loco Bart. responsio est.

THESIS X.

LIT. A.

Ait hic Tr. quod in actione reali coram iudice laico ideo clerici forum sortiantur, quia territorium non habeant. Quæ ratio claudicat, vbi res mobilis petitur: & inde quoque dubium habet, quod in his quoque actionibus persona cõuenitur, & ex communissima sententia non tantum locus rei sitæ, sed etiam domicilij in realibus actionibus tribuit forum.

Et clericum citatum.] Vera hæc sententia est: quia clericus hic fungitur vice actoris: adeoque meritò in concursu creditorum, & vbi de vendendis bonis agitur, per edictalem citationem ad ius suum deducendum & comparendũ arctari potest: neque hic directò sententia contra clericum fertur, sed in genere super iure creditorum. Quomodo etiam dubio procul ex causa l. Diffamari, laicus iudex citare clericum, & sub pœna perpetui silentij ad agendum coram se arctare potest.

LIT. C & D.

Agit hic de prorogatione, loco alieno: & quod ait vnumquemque prorogare posse, eo minus hic quidem defendi potest. quod cum præmissa sint de clericis, hi tamen prorogare nõ possunt. Illud quoque non rectè se habet, quod cum *lit.* C. prorogationem in expressam & tacitã distinxisset, tamen *lit. D* quasi per ampliationẽ subijcit, etiam tum censeri prorogatam iurisdictionem, cum dilatoria exceptio ponitur: quia hæc ipsa tacitæ prorogationis est species. Sed videamus annon hoc ipsum falsum sit, quod obiecta exceptione dilatoria prorogationem induci ait post *Couarr. pract. q 26. nu. 1. & Ferra. male pro diss. allegatum.* Etenim quod post litem contestatam iudicem recusari non posse dicitur, argumentum à contrario sensu præbet, posse ante litis contestationem, quam per obiectionem huiusmodi exceptionis non fieri cõstat. 2. si per actionis edendæ petitionem, & satisdationis de iudicio sistendo præstationem non inducitur prorogatio *l. non videtur h. t.* & per notata supra *disp. 3. th. ult. lit H* etiam & multo minus fiet prorogatio per obiectionem huius exceptionis. 3. quia exceptio dilatoria vel concernit iudicem, & nõ potest fieri prorogatio, vel processum & personam aduersarij: & hæc leuior videtur, quam vt tanti momenti effectum debeat operari. Neque obstat quod Marant mouet, exceptionẽ incompetentiæ debere esse primam, adeoque vbi alia præmissa est, illi non amplius esse locum: quoniam verba non sunt cavillanda. & quod illa exceptio prima esse dicitur, non ita præfractè ad sensum Marantæ, sed hoc sensu accipiendum est, quòd initio de competentia iudicis sit agẽdum: & verò vsque ad litem contestatam hanc exceptionem obijci posse, docet *l. 4. C. de iurisd.* Nec obstabit *c 20. de sent. & re iud.* tum quod ibi subijsse iudicium significat litem contestatam esse, tum quia agitur de exceptione suspecti, qua non potest videri induci prorogatio. Nec obstat *l. ult. C. de except* quod ibi principium litis opponitur litis contestationi post quam iudex recusari non potest *l. 9 C. de iurisd.* & ex illa

ipsa *l. vlt. Tr th. seq. lit. E.* notat, quod litis contestatione iudex fiat competens. Non obstat denique *l. etsi 2. in pr h. t.* quæ non de prorogatione, sed de susceptione actionis loquitur, per litis contestationem, vt rectè ibidem annotauit Accurs.

THESIS XI.

LIT. A.

Iudici opponuntur etiam aliæ.] Atquin de incompetentia, quam subijcit, iam aliquid actum est *th. 9. & 10.* Cæterum in vniuersum obijcitur exceptio suspicionis aut deficientis iurisdictionis. Defectus iurisdictionis vel est omnimodus, vel ratione causæ, personæ vel loci &c. de quibus latè *Vantius in cap. de nullitat. ex def. iurisd. nu. 33. & seqq.*

Quæ omnium prima.] Intellige iuxta prædicta, vt vsque ad litem contestatam locum habeant *l. 4. C de iurisdict.*

LIT. B.

Hæc exceptio fori præscriptio.] Paulo generalius hoc accipiendum est, vt etiam contineatur incompetentia ratione causæ vel loci, &c.

LIT. C.

Illa etiam post.] Regulariter tamen etiam hæc ante litem contestatam proponenda est: sed exceptiones sunt, nisi de nouo emergat, vel iustè ignorata post demum in notitiam perueniat *Castr in l. apertissimi 16. C h. tit Sali. ibid. n. 1. Ias. col. 3. in fin. Sichard. ibid. nu. 3.*

LIT. E.

Coram ipso recusando.] Hoc ipsi à Tr. citati tradunt *in l. 16. & ult. C. h. t.* per *d. l. vlt.* Cum autem Tr. mox etiam ordinarium recusari posse statuat, ad hunc tamen constitutio *d. l. ult.* non pertinet: sicut & quæ de eligendis arbitris traduntur ibid. minus rectè ad iudicem ordinarium accommodari posse videntur: vt fortassis hoc casu iudicis ordinarij superior fuerit adeundus. Ex ratione iuris veteris iudex præsentibus partibus addici & recusatio eius coram prætore citra libellum fieri solebat.

Causa suspicionis exprimatur.] Iure Canon. hoc liquidum est: sed idem iure ciuili obtinere Tr. statuit. Equidem iure antiquo in genere prætextu iniquitatis iudicem datum recusari posse, ipse à Treutl. citatus Cuiacius statuit, & proinde causam inferendam esse malè probat ex *l. 9 de liberal. caus.* ex quo textu iure etiam veteri aliquando, v. c. vbi alias continentia causæ diuidatur, recusationis rationem reddendam fuisse confirmatur. Cæterum hodie in specie *l. 16. & ult.* expressione causæ opus non esse, communis est Legistarum sententia, quam referunt & sequuntur *Br. & Bl. in d. l. 16. Zas. ibid. n. 25. Castr ib. n. 7. Ias. col 5. Sichard n 11. Sali n. 6. Couar. pract q. c 26. n. 1.* Pro qua sententia optime facit quod iure ciuili iuxta dd. textus iudice recusato electi arbitri, de ipso negotio principali, non de causis suspicionis cognoscunt, & tamen absurdum esset causa expressa non auditi iudicem falsitatem causæ, ostensurum aut eius veritatem probandi nullam necessitatem allegantí imponi. Atquin iure Can. arbitri electi nō de controuersia principali, sed causis suspicionis cognoscunt *c. 11. de off. iud. de leg. in 6.* ex quo differentia quam omnes agnoscunt, altera illa prior de expressione causæ dependere videtur. Secundum quæ dicemus, in libello recusatorio, cuius mentionem facit Iustin. sufficere simpliciter recusationem proponi, & ad litigandum coram arbitris, & ad iurandum de calumnia sese offerre. hoc enim iuramentum, quo suspicio calumniosæ recusationis purgetur, ijdem supra citati Dd. requirunt.

LIT. H.

Sed & ordinarium.] Delegatum recusari posse cōstat, per nudam etiam, vt paulò ante dictum, suspicionis allegationem: quo Iustin. veteris iuris rationem imitatus videri potest. De ordinario communis itidem legistarum sententia est, recusari cum non posse, sed saltem peti, vt alias adiungatur, *ex Auth. si verò C. h t. Bal. in d. l apertissimi 16. eo tit Ias. ibid. col. 2. Sichar. nu. 6 & seqq. Salic. ibid. nu 4.* De qua etiā communi sententia attestatur *Covar. pract quæst c. 26. Zas in d l 16. C h. t nu. 7.* qui tamen à communi illa opinione *n. 9.* recedit, tum ex ratione *d. l. 16.* tū ex eo, quod ipsi Dd non paucas admittunt causas per modū exceptionis, quibus in totum iudex ordinarius recusetur, vt est videre apud *Castren. in saepd. l. 16. C h tit num. 6. Ias col. 2. ibid. Sich n 8.* Et sane vt quis coram suspecto iudice litigare cogatur rationi & æquitati repugnat: neque satis consultum est parti, si etiam cum alio suspecto iudici causam cognoscere & decidere permittatur, quod constituit Iustin. *in Auth si verò C. h. t* vix enim est, vt locus ille de leui suspicione & nuda dubitatione possit explicari cum *Zas. in d l. 16. C. h. t* Et videtur hic sibi non satis constituisse Iustin. quippe qui in *Nou. 69 c. 2 & N 53. cap. 3.* (quæ loca ad delegatum non videntur posse restringi) in genere constituit, eum qui iudicem suspectum dicit, posse alium mereri. Poterit igitur

tur & ordinarius iudex recusari, sed alio fortassis effectu & modo: vt vel causam mandare cogatur *ar. l. prætor de iurisd.* quod notat etiam *Castr. in l 16. C. h. t nu. 6.* aut utique causa recusationis exprimatur, quam quorundam sententiã refert *Cyn in ead. l. 16. Salic. ibid. n 5.* & causa grauior requiratur: (quomodo contrariæ sententiæ non difficulter poterunt conciliari) aut etiam superior adeatur, & ab eo alius iudex petatur & impetretur *arg d N 69. c. 2. & N. 53. c. 3* Facit argumentum *ex l. un C si qua. præd. p t.* vbi personæ, cui propter affectata nuptias præses suspectus est, defensio ad superiorem magistratum dicitur pertinere.

De hoc dubitari non debet.] Ait quod iudex recusatus vt suspectus in causa suspicionis per arbitros electos interrogari possit, vt veritatẽ dicat, & ad respondendum teneri. Hoc quidem • Treutler. dissertationi etiam de iure ciuili institutæ, malè subijcit; cum hoc iure arbitri electi de causa suspicionis non cognoscant. Ideoq; addendum erat, hoc secundum ius Canonicum proponi, quo sanè hæc quæstio ex guam mihi dubitandi rationem habere videtur: quod hic arbitris de suspicionis causa cognoscentibus, iudex quasi partis vices sustinere intelligitur. Idque etiam magis in causa criminali obtinere debet? licet Tr. ita loquatur, quasi in hac maior sit dubitandi ratio. Verum Tr aut fallaciam hic admisit homonymiæ, aut malè cepit Tesaurũ, quia non de causa criminali delegata, sed iudici obiecta loquitur: cuius ego sententiam veram existimo, vt si forte iudici crimen adulterij vel homicidij obiectum sit, ipse desuper respondere non teneatur. Multo minus admittã, vt quod • Tr. subijcit, etiam iurare teneatur: id est, vt iuramento innocentiã suam purgare teneatur. Ad quam rem omnino frivole a Tr. post Tessaur adducitur *Autken nouo iure C. de pen. iud* vbi neque de arbitris de causa suspicionis cognoscentibus, neque omnino de iudice recusato agitur; sed cũ *in l 1. C. d. t.* pœnam amissionis causæ ei qui iudici aliquid dedit irrogetur, subijcitur ex *Nou. 124. c. 2.* eum veniam mereri, qui initio litis se aliquid dedisse professus fuerit, ita vt iudex conuictus graviter puniatur, alioquin iuramẽto innocentiam suam purgare tenetur. Quod autem sequitur tanquam per modum limitationis, nimirum ante conclusum causæ, & c. omnino obscurè & contortè proponitur, & hactenus quidẽ ex Covarr hæc sententia colligitur, si suspicionis causa ante cõclusionem in causa emerserit, & post conclusionem demum proposita fuerit, non audiri partem, nec remoueri iudicem, si tamen iuramento se purgaverit Quæ sane ita cõfusim proponi non debeant, & in hoc quoque vitio sunt, quod isto casu non ante, vt Treutler. loquitur, sed post cõclusionem iuretur. Postrema autem verba, *quod iudex extraiudicialiter interrogare possit, tam antequam post conclusum causa* ego non satis assequor, & coniectore hic fuerit opus Jllud postremum addamus, ex ratione iuris ciuilis iudicem delegatum recusatum sentẽtiam ab arbitris datam executioni mandare, eũque esse sensum *l vlt. ibi executore negotii cui mandata est causa examinatio imminente, &c* quod recte statuunt *Bart. & Bald in dd. ult & Salicet ibid. in summ sr.* & male *Ias ibid col 3.* nescio quos executores speciales comminiscitur: & ratio eius contra explicationem Bartoli falso nititur fundamento, quod delegatus ab alio quam principe, sententiam exequi non possit: de quo actum supra disp. 3.

THESIS XII.

Lit. A.

Ait clausulam principis, remota recusatione, tantum intelligi de causis frivolis & levibus: quod etiam post *Gl. tradit Ias. in l. apertissimi 16. C. h t. col. 4. & ex Spec. Zas ibid nu 11.* Sed dubium facit, quod Tr. h. præced causas excusationis exprimendas esse tradit, & lit B hac th. ex quibus causis testis suspectus arguitur, quas iustas & non frivolas esse oportet etiam, iudicem recusari docet. Secundum quam sententiam, cum in cuiusvis iudicis recusatione iustas causas allegare oportet, efficietur, vt si clausula ista principis tantum de frivolis causis accipitur, ea vtpote nihil operans præter ius commune, supervacua & inutilis sit futura. Quod licet absurdũ videri possit, ei tamẽ non obstat ratio Gail quòd si princeps possit delegare remota appellatione, etiam & multò magis possit remota recusatione quoniã licet hoc aliquo respectu minus sit, hoc tamẽ intuitu magis est, quod cum in dubio pro sententia magistratus præsumatur, ex adverso contra iudicem suspectum, quod ille partem litigantem gravaturus sit, præsumitur, & cogi litigare coram tali judice, per quam grave & durum est Porrò admissa Dd sententia supra relata, quod iure civili regulariter causa suspicionis exprimenda non sit, hæc res ita expediri poterit, vt adiecta ista clausula, non amplius sufficiat simplex recusatio, sed causas eius easque relevantes proponere oporteat.

Lit. B. & C.

Causæ multæ sunt.] Vide eas etiam enumeratas à *Iason & Sichard in l. 16. C. h. t.*

Ea quæ ulterius geruntur.] Ait acta à iudice post recusationem propositam ipso iure esse nulla. Sed interesse videri possit, an causa suspitionis proponatur ante, an post litis contestationem: quod hæc obiectio sit quasi irregularis & extraordinaria: cæteroquin ante vera videtur Tr. sententiæ cum hanc formam recusationi lex dederit, vt statim recusatione proposita arbitri eligantur, qui de ipso negotio principali cognoscant, vt adeo statim suspenso iudicis officio *Salicet. in l. 16. C. h. t. n. 2.* meritò quæ postea à iudice fiunt pro ipso iure nullis sint habenda: quam communẽ scribentiũ opinionem tradit *Vant. in c de nullit. ex defect. iurisd nu. 140.* Videatur etiam hic distingui posse inter ius civile & canonicũ: quod hoc post recusationem non desinat esse iudex, nisi postquam arbitri iustam suspicionis causam esse pronunciaverint: quæ videtur sententia *Castr. in d l 16 C. h t n. 4.*

THESIS XIII.

Lit. A.

Prius criminales quam civiles.] Nimirum aut utraque proponitur ab actore, & in eius electione est, vtram prius velit exequi, cum una alterã non consumat. *l. un. C. quando civilis actio crim.* aut controversiæ civili mora, infertur quæstio criminalis ab adversario: & hoc vel per modum excipiendi, & utraque causa simul decidittur, *l. pen. C. de ord. iudic.* aut per modũ accusandi, civilis interim silere debet, criminali prælata, (nisi civilis sit præiudicialis *l. quoniam 26. C de adult.*) etiamsi criminalis ex diversa causa descendat, & quæ civilem non absorbeat, quam frequẽtiorem sententiam testatur *Salic. in l. ult C. d t.* nimirum propter dignitatem & gravitatem causarũ criminalium quamobrem inter plures causas criminales præfertur gravior, de quo pluribus *Gloss Salic & aly Dd. in d l ult. & in l. 1. C. de his qui accus non possunt.* Sed obijcitur hic, quod prius expedienda dicitur causa possessionis, quã causa criminis ex l. Iulia *l si quis C. de vi publica & l 1. C. de app.* Sed specialis hic est ratio quòd non nisi cognita prius quæstione super possessione constare potest quis crimen violentiæ commiserit: quod satis perspicuè docet *d. l si quis*, vt videl. primò cognoscatur quis vim admiserit, & possessionis iura restituantur, & tũ contra violentũ in valorem criminaliter procedatur. Verum, vt hoc addamus, adversus *d l si quis*, obijcitur *l 37. h. t. & l. 5. §. 1. de vi pub. Cuiac. 5. obs. 15. & Hott. illust q. 31. in fin.* pugnantes hic imperatorum cõstitutiones agnoscunt. Aliter & laboriosè hos textus cõponere nititur *Alberic. Gent. 2. Epist. 12.* Siquidem concilianda ista loca sunt, ex simplicissima *Accursii Salic. & Dd. in d l 37 h. t & in l 1. C. de appel.* sententia, quòd *in d l. 37 & in l 5 de vi publ.* dicitur, non ad ordinẽ criminalis & civilis actionis, sed iudicii possessorii & petitorii referendũ est: & rectè dicitur de vi cognosci, vbi ex causa interdicti vnde vi possessoriũ recuperandæ institutum est: neque novum est, vt verbum possessionis ipsam rem petitam, & consequenter proprietatem designet: de quo casu etiam rectè explicari potest *d l. 1. C. de appell.* vt in ea verba, *& ita* non iudicium aliquod sequens, sed ipsũ cuius in prius mentio facta erat, denotent, & hoc ipsum innuant, prius de possessione, quã de proprietate cognoscendum & pronunciandũ esse: quomodo illum locũ accipit *Don. in l. 3 C. de interd.* eamque olim lecturam & interpretationẽ fuisse Petri testatur *Salic in d. l. 1. C. de app.* Posũt etiam distingui inter possessoriũ recuperandæ, plenarium, & ut loquuntur momenti, in cuiusmodi possessorio etiam vincit prædo: secundum quod hæc erit sententia *d. l 37 h t.* prius de violentia cognoscendum, & videlicet spoliatum ante omnia restituendum esse.

Lit. B.

Possessionis quam proprietatis.] Consequitur hoc ex iam dictis & probatur *ex d l. 3. C. de interd. l 13. C. de rei vind.* & suadet ratio iudiciorum, vt quis petitoris onere, quis commodo possessionis frui debeat constare posit; in quam sententiã pluribus disputat *Don in d. l 3. C. de interd.* olim fuit Ioh & Azon. teste *Salic in d. l. 3. vbi n 3* eorũ refert responsiones ad *l. eum fundũ. §. 1. de vi armata*, vel quod ibi fuerit petitorio renunciatũ, vel quod fuerit dilatũ & suspensum, vel quod aliud sit pendente petitorio, transire ad possessorium, aliud inversa ratione pendente possessorio, petitorio experiri: ex quibus illud rectè fit ex ratione *l. 24. de rei vind.* & per imprudentiam vel ignorantiam qui occupavit agere petitorio, nõ debet protinus à possessorio excludi. *l. 12. §. 1. de acq. poss.* Hoc autem rectè non fit, quippe contra regulas iuris quæ possessionis causam prius decidi volunt: idq; nimirũ est quòd Tr. ait *lit. D.* pendente possessorio petitorio agi non posse, vt videlicet hoc fiat per modũ cumulationis: cæterum si quis, dum animadvertit in petitorio rectius se fundatum esse, possessorio renunciare, & ad

& ad causam proprietatis trãsitum facere velit, non dubitem ipsi hoc concedendum esse. Sed vt ad ipsam quæstionem de cõcursu aut prælatione horum iudiciorum redeamus, quæ tractatur hac *th.13.lit.B.& D.* tres sunt opiniones, relatæ à Dd. & præcipuè *Salic. in d.l.3.C.de interdict.* Prima quod hæc iudicia simul quidem proponi possint, sed non simul super eis cognosci. Verũ, vt rectè *Sal.n.8.* cũ hic disputetur de cumulatione non imaginaria, & frustranea, sed quæ fiat ad effectũ cognoscendi & pronuntiandi, hæc sententia ineptã facit quæstionẽ. Secunda quod vtrumque simul proponi & de vtroque cognosci possit: quã Acc. sententiã communis sequuntur Dd. & prolixè *Salic. in d.l. 3. C. de interd. Bart. in l. 12.§.1.de acq.poss.* Et hoc quidẽ in possessorio recuperãdæ & adipiscendæ, simpliciter, in possessorio retinendæ, ratione diversarum possessionis specierum, quæ circa eandem quoque rem apud duos esse possint quòd ita tradunt *Bart. in d. l.3.C.de interd.& ib.Salic. nu. 6.* quod posterius tamen videtur commentitiũ, vel quia repugnat sentẽtiæ *Pauli in l.3.§.5.de acq.possess.* vel quia quatenus petitor alterũ pro possessore agnoscit, eo respectu ipse possessoris vices non habet. Tertia sententia ut paulò ante relatũ fuit Iohan. & Azonis, iudicia hæc duo nullo modo cumulari posse. Et sanè cumulationi illi præter textus ante citatos, hæc quoq; ratio obstat, quod aut pronuntiatur pro actore, & nulla possessori utilitas esse potest cum ex sententia super petitorio lata plenissima restitutio fieri debeat, illa autem remedia demũ vere cumulari dicantur ex quorum utroque aliquid cõsequimur: aut pronuntiatur pro reo, & frustra quæritur de effectu cumulationis: aut amissio possessorio rectã super dominio & petitorio pronuntiatur, & præterquam, quod hic iniuria fit possidenti *arg. l. 1.C. de appell.* hic quoq; ut in primo casu inutile possessorium est: aut denique super vtroque hinc pro actore hinc pro reo pronuntiatur, & exit forma sententiæ, non immerito irrisa à *Don. in l. 3 C.de interd.* quæ proponitur *in c.cum dilectus 6 de caus.possess.* Placet igitur cum Tr. & Ioh. & Azon. Vbi hoc notandũ, cumulationẽ & concursum actionũ ex ratione iuris nostri diversimodè se habere. Aliquando enim actionẽ, quę, vt loquuntur, cumulative concurrunt, ita vt una alteram non consumat, ea cumulandi ratio est, vt vtraque simul & eodem tempore liceat experiri: aliquando verò licet una alteram non consumat, si tamen inter eas ordo, ita ut non simul, sed successivè una post aliam concedatur, adeoque pendẽte una altera interim inhibeatur: & hoc duplici, quæ iam occurrit ratione, tum propter præiudicium, tum propter iudicii constitutionem & ipsam procedendi rationem. Ita concurrunt condictio furtiva & actio furti, sed hac pendente illa denegabitur, ne huic præiudicium fiat, eodem modo concurrunt vindicatio fundi, & servitutis, sed illa pendente, hæc interim denegatur, *l. fundum 16.de excep.* Eodẽ modo dici potest, cõcurrere petitoriũ & possessoriũ, sed hoc pendente illud inhiberi: quod ad constitutionẽ petitorii iudicii, prius possessoriũ definitũ esse oporteat. Ex quibus colligitur errare Dd. vulgò, dum negant cumulationem actionum ita se habentium, vt absolutoria in una pariat exceptionem rei iudicatæ in alia *Salic. in l. edita C.de edendo Bart. in d.l. 3. C.de interd. Decian.resp. 16.vol.5. Bern. Greven. ad Gail.l.1.concl. 63 nu.3 & seqq.* Neque enim casus tantum absolutionis, sed etiam condemnationis considerandus est, & illæ quoque actiones rectè cumulari dicuntur, vbi ex utraque reus successivè condemnari potest: quod accidit in actione furti & condictione furtiva cum tamen absolutio in illa regulariter pariat exceptionem rei iudicatæ in hac.

LIT. C.

Præiudiciales quam hæreditatis.] Equidem illæ actiones nõ tantum hæreditarijs, sed aliis quoque controversijs faciunt præiudicium. Sed & nihil huc pertinet citata *l.1. C.de ord.* quæ est de quæstione status incidenti. Cuius occasione quæstionem aliis ab hoc loco alienam proponit Tr. an de causa incidenti iudex debeat pronuntiare: quæ tractatur à Dd. *in d.l.1.C de ord. iud.* & ex horum numero prolixè ab *Odofred. Cyn. & Salic.* Distinguunt Dd. hic causas incidentes quæ iudicio cæpto sunt antiquiores: & emergentes quæ de novo cæpto iudicio superveniunt: ita in specie docendi causa appellatas: quod alias & hæ incidentes & vice versa dici possint: vt non necessaria & fortè inepta sit defẽsio *Salic. n.* ... dici incidentes, secunda producta quod planè incidant, præcidant, & perimant processum & iudicium: sicut & ibid. nimis superstitiosè causas incidentes & emergẽtes definire & distinguere videtur. Sequor simplicem *Castr. ind. lib. 1.* sentẽtiam & distinctionem: inter causas incidentes, quæ perimunt negotiũ super quibus non sit necesse pronuntiare licet pronuntiari a iudice possit (quomodo quidem in specie *l. intra 30 de minor.* non necesse fuisse de ætate pronuntiare, sed

ſed ſimpliciter ſuper reſtituendo eo vel nō, ſententiam ferri potuiſſe exiſtimo:) & inter cauſas emergentes, quæ concernunt proceſſum, quæ cum utique decidendæ ſint, nec tangant articulum cauſæ principalis, conſequenter in ſententia definitiva contineri non poſſunt. Si tamen non pronuntiaverit, proceſſum in vlterioribus non eſſe ipſo iure nullum, frequentius concludunt *Dd in d.l.1 Cod de ord.iud.* quod ſcil. iudex porrò procedendo, exceptionem tacitè inhabilem iudicaſſe, & improbaſſe intelligatur: licet hinc exceptionem, quæ nullitatem iuriſdictionis concernit, excipiat Caſtr. Illa alia quæſtio eſt, an pronuntiatio ſuper incidenti pariat præiudicium ita ut illud punctum non amplius moveri & in iudicium deduci poſſit; de qua videndi ſunt *Dd.cit.in d.l.1.C.de ord.iud.* videtur autem duplici diſtinctione decidi poſſe: an incidens rectà an obliquè ſaltem concernat principale: & an iudex ſuper incidenti illo etiam principaliter cognoſcendi ius habeat nec ne.

THESIS XIV.

LIT. B.

Ait iudicem debere certæ rei ſententiam ferre, alioquin litem facere ſuam. Ego verò ob hoc ſolum quod incerta ſententia lata eſt, litem ſuā iudicem facere, numquam crediderim: ſiquidē certi iuris eſt, eum demum litem ſuam facere, qui perperam iudicat, & iniquam ſententiam contrarius partis dixit: & ideo litem ſuam facere dicitur quia cauſam eius ſecundum quem iudicavit, ſuſcipere, & quaſi ſuam defendere cogitur, vt notant *interp ad pr Inſt. de oblig. quæ quaſi ex del.*

LIT. C. & D.

Et quidem imprudentia] Hæc ita connectit, tanquam in eo ipſo iudice, qui ſententiam incertam tulit, locum haberent. Verum pertinent ad quæſtionem in th qua pœna iudex qui litem ſuam fecit tenetur. Quod autem imprudentia lapſum pœnam arbitrariam ſuſtinere dicit, nec probatur ex textibus *lit.C.* notatis, in quibus agitur de iudice doloſo, & in verbis, *arbitraria pœna*, homonymia latet quæ explicanda eſt ex *pr. Inſt de obl. quaſi ex delicto & ex l ult. de extraord. cog.* vbi dicitur, quòd iudex imprudentia lapſus teneatur in quantum æquum videbitur religioni, & ita arbitrio, iudicantis: cæteroquin arbitraria pœna criminalem ſignificat, de qua agit Treut. *lit D.* Vbi hoc peccat, quod omittit pœnam, quæ eiuſmodi iudicii infligitur ex actione civili famoſa, id eſt ut cum damno famæ litis æſtimationem ſolidam præſtare teneatur, quòd ſc. traditur *in l. 2. C. de pœn. iud. &c.* in qua de pœna criminali ad quam malè adducitur à Treut. nullum verbum: licet aliquādo ex cauſa, quemadmodum ex aliis quibuſcunque maleficiis extra ordinem criminaliter talem iudicem puniri poſſe non negaverim Nam quod *Bart. citat.* adducit de L. Iulia repetundarum, paulò alienius eſt, neque ad iudicem datum, ſed magiſtratum iuſtitiæ nundinatorem pertinet. Et hic igitur iudex propriè litem ſuam facere dicitur §. 1. *h.t.* verbis autem generalius aliquando ſumptis, etiam hic, qui per imprudentiam iudicavit, quatenus ob litem malè deciſam parti læſæ actioni ex quaſi delicto conventus aliquid præſtare tenetur *de pr. inſt. de obl quaſi ex delicto & l. fin. de extraord. cogn.* Neque obſtat quòd ex imperitia peccans ex vero delicto videtur obligari §. *imper. 7. Inſt. ad l. Aquil.* quoniam alia ratio eſt eorum qui operam ſuam artis peritiam profitēdo ultro offerre intelliguntur: quam rationem differentiæ notat *Ang. & Ioh. Fab. ad d pr Inſt* ei autem quod *in l. 15 §. 1. h. tit.* iudex pretio corruptus litem ſuam facere dicitur, magis obſtare videtur, quod *in l. venales. 9. C quando provoc. non eſt nec.* ſententia eiuſmodi dicitur ipſo iure eſſe nulla: etenim ſalvo iure & actione principali, adeoque parte revera non læſa, & cum nemo bis idem conſequi debeat, litis in iudicem transferendæ, ſufficiens ratio non videtur, quod movet *Gl in d.l. fi. de extraord. cog.* Niſi reſpondeas, quod iudex litem ſuam faciat quoad expenſas litis & alia damna: quæ ſententia eſt *Bar. in d.l. fi. q. 9. n. 20.* vel quod in pœnam iudicis hoc introductum ſit, vt quoad ipſius præiudicium, & actio contra ipſum fundari poſſit, ſententia pro valida habeatur: quod videtur probare *Ang. ad d pr Inſt. de obl. ex quaſi del. & Salic. in d l 9 C. quando prov. nō eſt nec* neque abſurdum ſit actionem contra iudicem, cū actione principali cōcurrere. Quamvis etiam videri poſſit, aliquid novi conſtitutum ab Impp. *in d. l. 9. vel eo arg quod in d. l 15. §. 1. h. t.* Idem ius ſtatuitur de ſententia lata ob acceptum precium, & per gratiam: quæ tamen iure videtur ſubſiſtere *arg. l. 65. §. cum prætor ad Treb.* per quam *l Cyn in d. l venales* inter ſententiam pretio accepto, & ex gratia latam diſtinguit: licet aliàs dici etiam poſſit quod comparatio *in d. l. 15.* ſit accipienda ſecundum quid, neque ibi, ſi vt nec *in l 2 C de pœn. ind.* de validitate ſententiæ diſputari: Tentari etiam poſſit, intereſſe, an iudici precium, ob hoc ipſum, vt ſententia

tentia pro se feratur, an simpliciter honorarium quis dederit: itemque de gratia, an pars hoc ipsum, ut pro se sententia ferretur, precibus impetraverit, an judex aliàs motu proprio amicitia ductus pronunciaverit.

LIT. E & F.

Proponitur hic vexata quæstio, an judex secundum acta & probata, an secundum consciẽtiam iudicare debeat: de qua illud usurpari potest, pulchram esse quæstionem, sed de rarò cõtingentibus quod difficulter contingere possit, ut vera scientia judicis, cũ testimoniis & instrumentis, quibus nihil objici post. pugnet. Ait autem Tr. nunquam judicandum esse contra conscientiam, nunquam contra acta & probata, secundum conscientiam tum demum, si appellari non possit. In quibus verbis contradictio aliquã inesse videtur: quia cum controversiæ huic tum demum locus sit, ubi acta & probata cum scientia pugnant, siquidem secundum conscientiam judicari potest, ubi non potest appellari, aliquãdo contra acta & probata judicari posse cõsequitur. Deinde ex illa oppositione sequitur, quod in tali casu judex inferior nequeat judicare: adeoque explicandum erat quænã partes hic essent judicis: quæ sc. nullæ aliæ esse possunt, quã ut officium iudicis deponat: & testis in se suscipiat, quod remediũ videtur probare, Tr *inf p. 2. disp 4. th. 9. lit. D.* Verum si ponas judicẽ judicare debere, existit conflictus duarum opinionũ: dũ alij illud quod in facto judex scit, & ita consciẽtiam: alij id quod probatũ est in iudicio, sequendum putant: quæ communis est Dd sentẽtia, ꝙ scil. judex hoc noverit non tanquam judex, sed tanquam privatus ut not. *in l. illicitas §. veritas de off pr. sc. Cyn. & Sich. in l. 1. C. ut quæ des. advo. part. &c. & Bald. in d. §. veritas*, conscientiam non rei sed dicti sequendam ait. Et verò iudex qui neglecta fide actorum secundum scientiam privatam judicat, nunquam evitabit, quin injustam sententiam dixisse credatur: quod prætensam suam scientiam nulli persuasurus, & nemo non testib⁹ omni exceptione maioribus potius, quã nudæ attestationi judicis de scientia sua, fidem sit habiturus. Neq; obstant huic sententiæ, quæ ab ijs, quos citat Tr. & satis prolixè adducuntur *ab Alb. Gent. lib. 2 epist. 13.* scil. quod acta sint inducta ad veritatem eruendam, ideoque non debeant operari contrarium Resp. non operari cõtrarium, & peti hic principium: quoniã illud potius verum præsumimus, quòd v. c: testibus probatum est, quam quod nudè affirmat iudex, hoc ipso non tam iudicis, quã testis ratione habens. II. objicitur quod cũ judex sit minister iustitiæ & Dei, utique debeat judicare secundũ veritatem R. idem hic esse vitium, & verum illud reputari, quod in iudicio probatum est. Et omnino rectè contra Tr. in pr. lit. G. duplex hic statuitur veritas, alia in rebus ipsis, nobis sæpe occulta: alia in Actis, veritas iudicialis, quoniam verum habetur in indicio, quicquid legitimis modis ostensum est: unde regula iuris, quod res iudicata pro veritate habetur, idque convenit legi divinæ, secundũ quã in ore duorum vel triũ testium stat omne verũ. Et nõ semel evenit ut judex reũ falsis probationibus oppressum, citra ullũ iniustitiam condemnet: quòd manifestũ est illustrĩ exemplo Susannæ, quæ revera non adultera, adulterij tamẽ legitimè cõvicta & damnata fuit. Planè si in Idea eiusmodi iudicẽ proponas, quẽ donis vel gratia incorruptum, nulli unquã affectus à recto deflectant, facilè huic ex libero arbitrio & scientia sua iudicãdi permiserim facultatem. Verum ob huiusmodi hominũ raritatem periculosum est, ea licentia instruere iudicẽ: ne ansa detur perversis iudicibus iniustas sententias, prætextu & colore scientiæ & conscientiæ suæ excusandi & defendendi. Objicitur III. ꝙ ut Tr. hic ait probationes non possint esse sufficientes. R. Hoc falsum esse quoniã hic nõ hanc vel illam iudicis personam, sed iudicẽ absolutẽ tanquã personam publicã, cõsideramus, & illud probatũ dicimus, quod ex maioribus & legibus judiciorũ iudicẽ oportet sequi, cuius naturã nõ mutabit, quod hic fortè iudex est: & quod probatum esset Titio judici, non debet existimari non probatũ, eò quod Caius iudex aliter credit: & rectè *VVesemb. in part d. probat. nu. 10.* veras, inquit, probationes hic accipimus, quas leges pro veris & legitimis habent: neque iudicis est fidẽ instrumenti publici, & triũ fortè testiũ, quibus nihil objici potest obtentu scientiæ suæ elevare & contemnere. Proinde falsum habẽdum est, ꝙ *d. lit. E* ait Tr. verã conscientiã cum veris probationibus nunquam posse pugnare: (quomodo quidem hæc disputatio nullius momenti futura esset) neque minus falsum illud, quod *p. 2. disp. 4. th. 9. lit. A.* scribit, fidẽ actorum omninò à iudicis arbitrio pendere. Pro quo non facit. IV. *l. 3. §. 2. de testib.* iudicis enim arbitrio in examinãda fide & sinceritate testium & aliarũ probationum: multa quidem commissa sunt, verum ubi nihil est quod illis opponi potest, solam iudicis authoritatem & nudam assertionem ad fidem

illis derogandam sufficere concedendũ non est. Movetur V. à Tr. *d p.* 2. quod judex notorij etiã non allegari possit & debebat habere rationẽ. R. absurdè hic proponi notorium esse, quod judex solus scit, aut se scire prætendit: cum in illa propositione notoriũ intelligatur, quod liquidum, & apud omnes ferè constat, & in evidentia quadam rei factive consistit. Frustra autẽ affertur *l. 79. d. iud.* quæ hoc saltem probat, multa in quæstione facti arbitrio iudicum permitti: & q̃ in ea specie præses super facto consulitur, de eo iudicẽ incertũ fuisse satis evincit. Deniq; *in Auth. hodie C. h. tit.* æquius melius minimè opponitur actis & probatis: in hoc tamen vitiosè illa Auth. concepta & constitutioni *l. 14. in pr. C. h. t.* subiecta est, quasi hodie judices secundum leges judicare nõ tenerentur: cum Nov ex qua illa auth. desumpta est loquatur de magistratibus, quibus integræ provinciæ administratio commissa est. Vtcunq; autẽ hæc ita se habeant, minimè tamen suaserim iudici cõtra conscientiam suam judicare, & vix verum crediderim, quod scribit *Cyn. in l* 1. *in fi. C. vt quæ desunt advocatis,* in foro poli etiam excusatum esse, qui secundum acta & probata, eũ quem scit esse innocentẽ, condemnat. Ideoque hic rectius fecerit judex, si abstineat iudicio, & testimonio suo partem adiuvet: quod licet singularis sit, tamen & autoritate & circumstantiarũ explicatione iudicem movere possit, cum aliàs post sententiam à se latam testimonium eius nullius sit futurum momenti. Rectè etiam fecerit, si rem deferat ad superiorem, qui vel autoritate sua rem componat, vel rem differat, dum veritas, quæ filia temporis dicitur, emergat. Quod posterius cautius fortassis judex supremus, si coram ipso causa ventiletur, observabit, quam ut contra probata in judicando nudam conscientiam sequatur, quã potestatem ipsi facit *Tr. post Cyn. & Sichard. in d. l. 1. in fi. C. vt quæ desunt advocatis.*

Veram conscientiam intelligo.] Ait se intelligere conscientiam publicam legisque munitam. Quod quale sit, aut non intelligo, aut hæc sententiam contrarium sibi Trm, & ineptam facit hanc quæstionem. Equidem Dd per scientiam & conscientiam publicam & legibus munitam, eam scientiam intelligunt, quæ ex actis probatis provenit: cæterum cum actis & probatis in hac materia scientia & conscientia iudicis opponitur hæc publica & legibus munita citra contradictionis implicationem, appellari non potest.

Alias enim magis, &c.] Hæc quæ sequuntur non rectè subijciuntur ei casui quo nõ est locus appellationi, sed eo pertinent, quod judex non satis benè consulturus sit parti innocenti (& tamen etiam de parte nocente quæstio hæc incedere potest) si eam cõtra acta & probata secundum conscientiam absolvat; quod iudex appellationis, cuius eadem scientia non sit, actorum fidem potius sit sequuturus.

Principem posse iudicare.] Ita accipiendum est, quod in th. proponit, si à sententia appellari nequeat: quod appellationi & pacto renunciari possit, & aliis quoque casibus ei locus non sit, ad quos hæc decisio non rectè accommodaretur.

Qua ratione rectissimè, &c.] Si verba sequimur, hoc dicit Tr. inferiorem judicem secundum acta & probata, principem secundum conscientiam iudicare debere Hoc verò nec simpliciter admittendum est, & pugnat cum iis, quæ in *th. lit. E.* proponuntur. Neque intelligo, quo sensu hæc à Dd. divelli dicat, à quibus hoc de iudice inferiori quæritur, & principem supremum secundum conscientiam neglectis actis judicare conceditur.

THESIS XV.

LIT. B.

Non item prorogari.] Equidem utilitatis publicæ causa triennium hoc introductum videtur: non tamen dubito vel præcipuè consideratum favorem partium, ne nimis diu extrahantur: vt fortassis probabiliter defendi possit, partibus non urgentibus nec instantibus hoc triennium produci posse, *arg. l.* 13 *§. & siquidem* 2. *C. h t.* ibi, *parte fugiente actoris absentiam incusante.*

LIT. C.

Proponitur hic, quod vulgò ob omnibus liquidissimũ habetur partibus non citatis ad audiendam sententiam, hanc ipso jure esse nullã. Quæ opinio dubia redditur. 1. quod ad singulos actus judiciales non videtur necessario citatio. 2. per textum *in l.* 1. *§. ult quando appellandum.* vbi dicitur si contra absentem pronunciatum sit, biduum ei currere à die scientiæ: quod sanè de citato & contumaciter non comparente accipi nequit, cum à die scientiæ demum currat tempus: sed & cui citatio insinuata non est, & ita citationem factam ignorat, pro citato haberi non potest. 3. per *l.* 1 *C quom. & quan iudex.* quæ etiam contra absentes solitum fuisse pronunciari probat. 4. ex *l ult. C eod tit.* ex qua ostenditur sufficere, quod lis inter præsentes fuerit inchoa-

ta: neque sine divinatione citationem ad audiendam sententiam præcessisse, præsupponi potest, quod præsertim aliàs nulla esset ratio dubitandi, & frustra Imp. eum præsente litem inchoatam, sufficere rescripsisset. *5 ex l. 4. C. d. proc.* ubi dicitur ei contra quem absentem iudicatum est restitui causæ defensionem: adeoque sententia non fuit ipso iure nulla, licet ibi specialis sit casus, quo omnia absente marito in iudicio tractata fuerunt. 6 optimè facit *l. ult. C. si per vim.* ubi rescriptum est, ab absente, nec imperiali rescripto possessionem auferri debere, quoniam merita causarum partium assertione pandantur. Qui scil. locus docet necessitatem citãdi partes inde esse, ut merita causæ cognoscãtur: quæ ratio cum cessat, ubi partes satis auditæ sunt, & in causa conclusum est, consequenter citatione opus nõ erit. Et hinc commodè explicantur textus *in l. 47. de re iud. l. 1. §. 3. quæ sententia sine appel. l. 7. C. quom. & quã iudex,* quod sc. præsentes opponantur iis qui nunquam fuerunt in iudicio, quorũ interest, quia de causa sententia lata contra hæredes nõ nocet legatariis *l. 14 in fin. de appell.* (in quibus terminis satis disertè loquitur *l. 29 § ult. d. minorib.*) vel his qui post litem contestatam statim absentes aut planè non aut nõ satis auditi fuerunt, ad quos cõtumaces efficiendos trina citatione vel edicto peremptorio opus est, quo pertinet *l. 8. & 9. C. quom. & quando iudex.* Sed iterum pro communi sententia movet, tũ quod ex ratione iuris veteris in singulis actibus iudicialibus voce præconis partes citari solebant: tum textus *l. 27. §. 4. d. recept. arbitr.* ubi non nisi ex pacto jus est arbitro pronuntiare alterutro absente. Neque difficilis responsio est *ad l. ult. C. quom. & quan. iudex* quod ibi hoc quæri intelligatur, an omninò sententia contra absentẽ ferri potuerit, quod rectè affirmatur modò inter præsentes & ita rectè lis fuerit suscepta: quoniam deficiente litis cõtestatione ex ratione iuris ad sententiam perveniri non potest, sed aliis remediis contra latitantem & tergiversantem succursum est. Dicemus igitur in hoc casu ubi de audienda sententia agitur, non trina denuntiatione & edicto peremptorio opus esse, sed sufficere simplicem citationem & admonitionem ex *l. 1. C. quom. & quan. iudex.* (in quo errat *Tr. p. 2. disp. 23. thes. 3. lit. I.*) quoniam non ad eum finem ut aliquid à parte proponatur, sed ut sententia concepta audiatur, fit citatio. Adeoque quatenus illi contumaces dicuntur, qui tertio evocati sese non sistunt, sententiam etiam contra absentem citatum, & eum tamen non contumacem pronuntiari posse.

In Camera satis est partes semel.] Cur in Cameræ sufficiat citatio ad totam causam, hãc rationem reddit Treut. quod citatio Imperatoris habeat vim peremptorii: Atquin hæc ipsa assertio liquida fortassis satis nõ est: vel quod trina illa citatio requiritur ad effectum, ut quis in vera cõtumacia constituatur, quod nõ variatur ex persona citantis, vel etiã quod de Imperatoris mente, an illam simplicẽ citationẽ vim peremptorii habere velit non satis constare potest. Verũ admissa ista propositione, ratio minimè cõcludit, neque efficit, ad audiendã sententiã nova opus non esse citatione. 1. quia citatio habet vim peremptorii ratione illius actus, ad quem fit citatio, minimè autẽ effectũ suum ad alios actus diversos porrigere potest: & adeò licet concedatur ũnam citationem Imperatoris, qua v. c. reus ad comparẽdũ vocatur, sufficere, ea tamẽ propterea non operabitur, ut nulla citatione ad sententiam audiendã opus sit sed efficiet, ut siquidem ad audiendam sententiã trina citatione opus est, ut quidem putat *Tr. inf. p. 2. disp. 23. thes. 3. lit. I.* Imperatorem semel citasse sit satis 2. quia non tantum in Camera, sed etiam in aliis principum supremis provincialibus dicasteriis idem observatur, ut partes tantum semel initio litis ad totam causam citentur: quia scil. cum in illis iudiciis certi præfixi sint ad singulos iudicii actus expediendos termini, partes terminos istos observare possunt & tenentur.

Quomodo instantia ab actione] Hæc duo differre extra controversiam est. Verum Tr. haud scio an latius progredi & ita accipere videatur *l. 13. C. h. tit.* quod triennium illud tantum ad instantiam perimendam, non ad ipsam litem finiendã pertineat. Quod tamen uno tantum casu verum videtur, ubi absente & cessante actore, nondum satis, ex quo de meritis causæ constare possit, in iudicium est deductum, iuxta *d. l. 13. §. 2. vers. & siquidem nihil. C. h. t.*

THESIS XVI.

LIT. A.

Prævio iuramento.] Textus est generalis *l. 13 §. 9. C. h. t. & Nov. 82. c. 10.* ubi oppositio de cõpensandis ex causa expensis, satis arguere videtur: ubi non compensantur, iuramentum esse præstandum: & facit quod aliter quàm per iuramẽtũ expensarũ ratio probari vix possit. Debet autem iudex facta expensarum designatione, eas taxare, & super iis probandis iuramẽtũ deferre:

quam

quam taxationem necessariam esse tradit *Ias. in l. 13. § sive autem alterutra. C h. tit. col.* 8. atque ita accipiendum est quod ait Tr. quod iudex iuramentum, sive æstimationem juramento factam sequi teneatur.

LIT. B.

An hoc etiam in criminalibus.] Triplex circa hoc opinio est, duæ extremæ: tertia media. Primo quod nullo modo in criminalibus iudiciis præstentur impensæ, nec ab accusatore succumbente. Secunda, quod omnimodò præstentur: etiam ex parte rei condemnati. Tertia, quod reficiantur expensæ reo quidem absoluto, sed non accusatori, licet vincenti. Primam tenuit olim Iacob. Butrigar. vt referunt *Bart. Bal. & alij in l. non ignoret. C. de fructib. & litium exp.* quem sequutus est *Fach. 1. controv. 42.* tum per *d. 4 l. 4.* in qua ita opponuntur causæ criminales & civiles, vt in illis actor pœna calumniæ, in his ob expẽsas & sumptus teneatur: tum quod, vt sæpius ingerit Fachin. nullo iure hoc cautum sit, quod in criminalibus præstentur impensæ. Quæ posterior quidem ratio inepta est, quod etiam deficiente omni textu, satis esset manifesta ratio, quod utique iniquum fuerit calumniam accusatoris obesse innocenti reo, vt hic iacturam sumptuum sustinere cogatur: quod & not. *Salic. in l. vlt. C. de fruct. & lit. exp. n. 2.* neque satisfit reo pœna calumniæ vel talionis, quæ vindictam publicam respicit: ipse autem impensas petẽdo damnum rei familiaris & interesse privatum persequitur, vt rectissimè respondit Cyn. *in l 3. C. qui accusare non possunt.* & vulgatissimum est quod irrogatio pœnæ ad vindictam publicam, non consumat persequutionem eius quod interest privatim. Sed & nõ obscurus textus est pro hac sententia *in l qui crimen. 3. C. d. his qui accusare non poss.* vbi in iisdem terminis præter extraordinariam pœnam sumptus litis præstandi sunt ab accusatore. Vt proinde frivolum sit, quod Fachin. speciale esse ait in accusatore contumace, cum utique & hic incidat in Turpillianum: & si pœna calumniæ quam sustinet accusator, satis est, vt ne cogatur præstare expensas, etiam satis esse poterit pœna Turpilliani vel extraordinaria cõtra *d. l. 1. C. qui accusare non possunt.* Quin & ut ex Canonistis refert. *Bal. in l. 4. C. d. lit. exp.* magis peccat qui temere insistit quam qui desistit. Quod autem attinet *ad d. l 4.* in qua sola Butrigar. olim sententiæ suæ posuit fundamentum, respondendum est vel cum *Salic. ibid.* ideo factã circa sumptus tantum civilium causarum mentionem, quod ex ratione juris veteris, quo nomine sumptuum decimaria actio competebat, maius hic erat dubiũ: vel cum *Bart. & Cast. ibid.* non valere ibi argumentum à contrario sensu: quæ responsio inde fulcienda est, quod propositum fuerit Imperatori tantum proponere pœnam principalem & præcipuam, quæ ex legibus manet actorem succumbentem in causis civilibus & criminalibus. Tertia sententia plus habet rationis, quia accusator sponte prosilit ad judicium & hic non interesse suum, sed publicã vindictam persequitur, vt proinde à reo, quẽ non tanquam sibi sed reipubl. ad pœnam obligatum in iudicium deducit, expensas jure petere non videatur. Eaque videtur sententia Cyn *in l. 3. C. qui accusare non possunt. num. 9.* dum quærit an in causa criminali veniant expensæ saltem ex parte accusatoris. Attamen sententiam secundo loco propositam, quod etiam accusatori præstandæ sint impensæ, communius tenent Doctores, probante & attestante *Ias. in l 13. §. 6. C. h. t col 7.* per textum generalem *in d. l. 13. §. 6.* vbi Iustin. in genere constituit, vt victus victori præstet expensas, in cuius legis principio etiam criminaliũ causarum sit mentio. Et amplius facit non tam textus *in l 5. C. de fruct. & lit. expens* qui à Cuiacio ex synopsi Basilicorum insertus est, & aliàs etiã ad causas civiles commodè referri potest, quam potius textus *in l. ult. C d. t.* vbi sancit Iustin. vt qui privilegium consequutus est, vt ne conventus impensas præstet, idem si alium conveniet, sive in civili sive in criminali causa, ab eo expẽsas itidem non consequatur: ex quo alias in causa criminali, victum impensas præstare debere infertur. Licet enim causa criminalis ibi explicari possit de causa civili, ob delictum intentata, arg. eius, quod ibi dicitur *obnoxios sibi, &c.* cũ in causa verè criminali reus non actori, sed magis reipublicæ obnoxius sit, quæ verba ad hoc expendit *Baldus in d l ult. C d fructib. & lit. expens.* attamen ita subtiliter ea verba non accepisse videtur Iustin. & suo modo etiam in criminalibus reus actori obnoxius dici potest: neque fortassis absurdum sit, accusatori etiamsi operam Reipubl. præstat, impensas ex bonis rei refundi. Vbi tamen fortassis an distingui possit inter causas criminales ex quibus pœna pecuniaria, vel corporalis, maximè capitalis, mors sive naturalis sive civilis sequatur: quomodo in terminis distinguit *Bald in d. l 4. C de fructibus & lit. expens.* licet *Salic. in l ult d t. nu 2* etiam in casu confiscatorum bonorum, accusatori ex publico censeat impen-

impensas accusationis esse restituendas.

LIT. C.

Tunc enim actor etiamsi victor.] Petendum est ex citato Fachin. quomodo hinc Iaf. & alij dissentiant. Nimirum circa explicationem *l. properandum §. & siquidem vers. sin. autem ex gestis C. h. t.* in duas abiuere opiniones Iohann. & Placent. Ille, vt explicat *Accurs. in verbo, excipiendis*, hoc Iustin. voluisse censuit, expensas reo factas deducendas de expensis actoris, & ita reuera reum condemnari in expensas, quas actor fecit, vt saltem ex ea summa deducantur, quas ipse reus se fecisse probauerit: pro qua sententia facit, quod *in d. l. properandam §. siue autem 6.* indistinctè traditur, victum in expensas esse damnãdum, etiamsi alterutra parte absente controuersia sit decisa. Et hanc sententiam sequitur etiam *Cyn. d. §. & siquidem, & Castrens. d. vers. sin. autem ex gestis in fin. & Baldus in princ. d. §. & siquidem*, vbi hoc summarium proponit ex mente Iohann. quod vincens non recuperet expensas vsque ad concurrente quantitatem expensarum à reo factarum: & ita omnes tenere loc citat. testatur Iason. excepto, vt ibidem addit vno Salicet. qui *in fin. ad §.* paucissimis verbo adducto capit, calumniam de pœnis, dicat, inquit, mihi Iohann. quod si reus esset absolutus ab expensis actoris propter iustam causam litigandi, quomodo suas tunc deduceret non video, nisi de quantitate principali. Et sanè Placent. opinio verior est: quod Iustin. cum à reo iuramentum super expensis præstari, & hanc partem contumaci actori infligi sanciat, quomodo alijs locis eiusdẽ legis victũ, eodem in illa specie victorem in expensas condemnari velle intelligendus est, & apparet à Iustin. quod ad punctum expensarum, in ea specie actoris contumacis idem ius statui, siue reus absolutus, siue condemnatus proponatur: & amplius cum verosimiliter à reo vtpote præsente maiores fiant expensæ, illa tamen ratio deducendi, quam Iohan probat, non nisi vbi actor plus expendit, locum habet. Neque obstat *d. §. 6.* quem etiam Fachin. rectè accepit de eo casu, vbi præsente sententia lata.

LIT. D.

Qui pro se habet consilia.] Hoc quidem Iason. tradit, & amplius, sufficere etiam vnius Dd. scribentis auctoritatem. Sed vtrumque dubium videtur, quod in tanta diuersitate & copia scribẽtium, vix vlla etiam absurda opinio careat assertore, ita futurum sit, vt vix quisquam in expensas condemnetur: cum etiam aliàs consilijs Dd. in quibus multa fauori dari solent: minus autoritatis tribuatur.

Causa non inseritur speciatim.] Consuetudinem hanc, vt tantum in genere ex iustis causis impensas compensari sententiæ adijciatur, iure repugnare censet Tr. post *Sichard in sæpe d. l. properandum §. siue autem alterutra n. 13.* vbi plures allegat. Atqui cum regulare sit, vt causa non inseratur sententiæ, idem de sententia super expensis compensandis statui poterit, non obstante, qua Tr. vtitur *Nou 82. c. 10.* vbi hoc saltem traditur, quod iudex nominatim compensationem expensarum sententiæ inserere debeat, causam autem eius rei adijciendam esse nõ traditur.

Quid si ab initio.] Communis nimirum hæc sententia est, vt etiam qui pertexit cognita iniustitia causæ in expensas prioris temporis non condemnetur. Mihi tamen magis arridet sententia *Dec in l. qui alterius, 24. de reg. iur. num. 8.* vt teneatur in omnes: quia ex quo cognita causæ iniustitia, non destitit, quo casu ab expensis absoluendus esset, sed litem improbè continuauit: improbitas ista meritò ipsi nocere, & ad initium litis retrahi debet: siquidem, quod hinc, vt bene Decius, præsumatur, quod si à principio iniustam litem sciuisset, eam tamen in iudicium deducturus fuisset.

Si is qui in priori.] Malim generaliter affirmari, eum qui in prima instantia vicit, iustam litigandi causam in secunda instantia habere videri; quippe cum pro sententia iudicis præsumatur, neque adeo prouocatus temere ius suum in defensum relinquere debeat. *arg. l. illud 40. d. petit. hæred.* nisi tamen in sententia manifesta iniustitia & iniquitate laboret.

Idque operatur clausula.] Crediderim vt maximà hæc clausula non adiecta, nec expensæ nominatim petitæ fuerint, iudicem tamen posse imò debere super expensis pronunciare: per textum *in d. Nov. 82. c. 10.* ibi *oportet expensarum rationem iudices omninò examinare & in l. properandum §. siue autem 6. C. h. t.* sciant, inquit Iustin. omnes iudices, victum in expensarum causa, victori esse condemnandum, communior tamen videtur opinio Dd quod citra actionem illius clausulæ expensas non petitas iudex adiudicare non teneatur, per not. *Angel. in §. omnium Inst. d. action. n. 7. vers. additur etiam. de quo etiam Gail. 1. obseru. 151. nu. 21. Myns. cent. 4. obseru. 55. Sichard. in l. probandum §. siue autem alterutra C. d. iudic. nu. 19. & ibid. Ias. n. 30.* Neque obstat *d. l. 13. §. 6.*

quia præsupponendum est expensas fuisse petitas, quod alias absurdum sit, vt, quod ibi sancitur, iudex earum æstimationem parti præstare teneatur, & quod iudex super expensis iuramentum ādmittere, easque taxare iubetur, eas quoque petitas fuisse, non leue præbet argumentū.

THESIS XVII.

LIT. A.

Non ad officium iudicis.] Nimirum officium iudicis duplex est: aliud venit incidenter, & non stat per se, sed subseruit, actiōi: aliud venit principaliter. Illud mercenarium, hoc nobile, verbis quidem minus commodis, sed quæ docēdi causa tolerari possunt, Dd. appellare solent. De illo res liquida est, quod actionis vice nō fungatur, hoc autem, seu potius implorationem huius officij, actionis instar habere, probatur *ex l. 37 de oblig. & act. & not. Ias. ad pr. inst. act. n. 54. & seqq.* actio tamen non est quod ipsi Dd. quibus hic iniuriam facit Tr. docent *in l. 1. de iurisd. Bart. & Castr. & Bald. ibid.* hanc esse ait veritatem, quod iuxta sententiam Iohan. actio non sit, ideoque monent, non esse concludendum, quod pars aduersa, sed quod ipse iudex aliquid facere debeat. Idq; maximè obtinet in eo iudicis officio, quod iure, vt ita loquar, formatum & constitutū est: cum aliud sit, quod per modum simplicis gratiæ impertitur magistratus: de quo demum rectè dicitur, quod nascatur ex æquitate. Cæterum tertia species officij aduersarij ineptè adijcitur à *Bart. in d. l. 1 d. iurisd. ex l. 38. & vlt. de petit. hered.* siquidem ea species est officij mercenarij, quo iudex actioni toti, etiam qua respicit reum eiusque exceptiones, subseruit, adeoque exceptiones in bonæ fidei iudicijs, etiam formulæ non inserras, admitti *d. l. 38. & vlt d. pet. hered.* de cuius explicatione agitur *disp. 14. th. 9.*

Praiudicium quid sit. Allegatur hic inter alios Vulteius, qui præiudiciales actiones personales esse contendit, quæ sententia proponitur & refutabitur *infr. p. 2. disp. 26 th. 4. lit. A.*

LIT. C.

Excepto diffamationis iudicio] A regula, quòd actor sequatur forum rei, insubtiliter imò malè excipit causam diffamationis: quia imò reus hic non actoris, sed actor forum illius sequitur: & hoc saltem speciale, quod prætensus actor siue diffamator sub præiudicio & comminatione perpetui silentij, actionem suam, & quidem in foro rei, instituere & proponere cogitur: & disceptatio siue imploratio, qua diffamatus terminum ad agendum diffamanti præfigi petit, iudicium appellati non meretur.

LIT. D.

Quod hodie non licet.] Minus recta est hæc oppositio, quod sc præmissum à Tr de iudicibus sibi non liquere iurantibus, ad iudices pedaneos: quod autem sequitur, ad ordinarios magistratus, quibus præcisa iuris reddendi necessitas imposita est, pertinet: licet etiam diuersus casus sit, quo inferiores iudices, acta mittunt ad superiores.

DISPUTATIO XIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Respondente

IOANNE Drachstedt/ Hall. Saxone.

THESIS I.

LIT. B.


Mmerito.] Spectata intentione agentis: Cæteroquin etiam à iustè exheredato querela moueri potest: quod exitus iudicij ostendit.

Exheredatis.] Sub hoc verbo etiam comprehendit præteritionem parentum in linea materna: quod admitti potest, non ex proprietate vocis quæ repugnat, sed ratione effectus de quo hic agitur: *arg. l. 12 in princ. d. bon. libert.* vbi præteritio dicitur silentio facta exheredatio.

Propriè in linea paterna.] Duo hic dicit Treutl. præteritionem paternam testamentum ipso iure annihilare, sed in linea materna præteritionem pro exheredatione esse. De vtroque iure nouo non satis constat: & de priori hactenus dubitatur an in casu præteritionis illius legata debeātur: quo affirmatur communius teste *Claro q. 51 numer. 2* neque adeo asurdè: siquidem, vt mox dicemus, testamentum non factum iuxta formam *N. 115 cap. 3.* ipso iure nullum est: & perinde adeo quoad hunc effectum esse videtur. si filius præteritus, & iniustè exheredatus sit: quod L. hoc casu testamentum annullans exheredationem redigit ad instar præteritionis, imò taliter exheredatum pro præterito habet. Sed in contrarium facit, quod constitutio correctoria non extendenda, & verba *in princip. d. cap. 3 exheredare vel præterire.* subiectis

proprijs

propriis commodè applicanda sunt: quæ sententia inde firmatur tum quod Iust. n. toto illo loco de testamento quod ante ipso iure firmum erat, non obscurè loqui videtur, tum quod dicit velle se vt non amplius liceat parentibus liberos exheredare vel præterire: ex quo colligitur Iustinianum corrigere ita ius vetus, vt non amplius liceat quod olim licebat: licebat autem olim saluo testamento exheredare filium patri, præterire matri sed præterire patri saluo testamento non licebat. Et hanc multorum ex antiquis sententiam fuisse, refert *Ias in Auth. ex causa num.* 1. sed ipse pro contraria communi opinione affert hoc argument. cui totum mundum respondere posse negat: quod exheredatus sine causa habeatur pro præterito. Verum hoc quidem iure veteri manifestò falsum est: iure nouo ex comm. Dd. sententia, verum quò ad effectum nullitatis institutionis, saluis legatis: quod idem in præterito à patre obtinere, non sequitur. In altero, de præteritione materna, eam hodie pro exheredatione non haberi, sed ob eam, testamentum esse ipso iure nullum, communis itidem sententia est, *test. eod. Clar. §. testamentum q.* 47. eaque hinc confirmatur, quod præteritioni maternæ iuxta & exheredationi paternæ eandem formam præscripsit Iustin. adeoque siquidem exheredatione non rite facta testamentum est nullum, idem de illa erit statuendum, idque pro certo à Dd. haberi patet ex traditis à *Iason. in l si pater* 4 *c. de inst. & substit. num.* 3 contra quam putat Treutl. d. disput. 11 th 1. lit. C. efficietur tamen hinc, vt mater re ipsa liberos hodie exheredare cogatur: quoniam oratio talis, prætereo filium meum, quia manus mihi intulit, parum distat ab exheredatione, postquam in hac quoque nulla certa aut solennia verba desiderantur, *l.* 3. *C. de lib. præterit.* quamuis hoc videatur sufficere, si mater simpliciter & tantum, citra verba, prætereo filium, causam inseruerit testamento, *de quo inf. th.* 10.

LIT. C.

Ad quod non deuenitur.] Obijci solet *l.* 14 *h. t.* iuncta *l.* 16. *§.* 1. *eod. & l.* 1 *si à par. quis man.* Sed responsio vulgata sumitur ex traditis *ad th.* 1. *disp.* 11. quod extraordinarium remedium concurrat cum ordinario, si illud sit pinguius expeditius vel plenius; eademque responsio est *ad l.* 8. *§.* 14.

Actionis tamen via.] De hoc statim dicemus ad lit. E.

LIT. D.

Quæstio hic mouetur de causa efficiẽte, & ex quo iure sit querela: & eã alij iuri ciuili, alij prætorio, alij consuetudinario, alij etiam mixto iuri adscribunt, vt Vulteius *in Instit. h. t.* Primam opin. cum Cuiacio sequitur Tr. cui obijcitur tum *l.* 8. *in prin. de bon. possess. cont. tabb.* vbi exhæredati negantur iure ciuili turbare testamentum: tum ratio, quod emancipatis, qui iure ciuili non succedunt, querela datur, quæ tamen hoc saltem operatur, vt reducatur res ad causam intestati, quod remediũ frustra detur emancipato eo iure, quo ab intestato succedere nequit. Hæc quidẽ tanti visa sunt Vult. vt propterea querelam parũ subtiliter iuri mixto ferret acceptã: & est quod istis responderi queat. Et quidem *in d. l* 8. illud genus turbandi intelligendum est, quo præteriti turbant, quibus in ea specie exhæredati opponuntur: vt ita sensus legis sit, quem expressit *Gouean.* 1. *variar.* 6. exhæredati nec contra tabb. petunt, nec iniustum testamẽtum patris faciũt. Ad rationem variè respondetur. Tum quod etiã iure prætorio filius vtiq; non succedat per querelam, per quam tantum rescinditur testamentum: tum quod etiamsi querelam initio favorem suorum introductam esse dicamus, ea tamen postea ad emancipatos, quos suo iure præterire poterat, eos quasi ad instar suorum redegerit, quod hi ab hæreditate, quæ ipsis iure ciuili non debetur, non nisi sub qualitate suorum remoueri, & exhæredes scribi posse videntur: vt ita querela non detur emancipatis qua talibus, sed tanquam passis iniuriam exhæredationis: & huc referri potest color ille furoris, quod sc. pater filio licet emancipato, iure tamen naturali filio, hanc notam & iniuriam inusserit: quod etiam ad matres & lineã maternã pertinet, postquam ex SCto hic liberis successio delata fuit. Neq; obstat quod *in d. l.* 8 *in pr. de bon. possess. cont. tabb.* querela opponitur iuri ciuili: quia nihil absurdi est iure ciuili quodã exclusum, velut ex l. XII tab. alio remedio iuris ciuilis iuraui: quomodo contractus iure ciuili validus remedio *l.* 2. *C. de resc. vend.* rescinditur. Magis obstat quod emãcipatus exhæredatus etiamsi querela vtatur, tamen sine prætoris auxilio succedere non possit, quod frustra sit fecisse patremfam. intestatũ, si ipse ab intestato succedere nequeat: consequitur autem bona beneficio bonorũ possessionis, quam querelam moturus agnoscit, & quæ ipso vincente cum re esse incipit iuxta *l.* 6. *§.* 1. *& l.* 7. *h. tit.* Atqui ex quo iure est bonorum

ista

ista possessio, fundamentum querelæ & præparatio: ex eo ipsa quoq; querela esse videtur: neq; credendū est quod ius ciuile prætorio aliàs potentius, imperfectam ediderit operationem, nudam querelam quæ sine auxilio prætoris futura fuisset imperfecta, concedenda. Et exinde fortè arbitrari quis possit probabilem esse sententiam Vulteij mixto iure querelam adscribentis, quasi vtrumque ius hic ceu symbolam suam contulerit. Et tamen sentētia hęc parum fortassis videatur subtilis: quod diuersa sint remedia, querela & bonorum possessio, & alterutrum horum iurium, siue ciuile siue prætorium satis fuerit potēs, vt plenè & perfectè liberis succurreret. Neque absurda sententia est, quod per productionem, quia in suis nulla possessionis agnitione opus est, ad emancipatos querela fuerit producta. Nec valdè tamen repugnauerim, si quis iuri prætorio hoc remedium adscribat: contra quam leue argumentum est Cuiacij, ex inscriptione *l.4. h.t* cum præsertim Cuiac. ad Claudiū Glyciam legem illam referat, & à cognominib^9 legislatorum non solitæ fuerint leges appellari. Neque satis validum est argumentū, quod Vulteius mouet, excedere hoc potestatē iuris prætorij, vt defectum faciat intestatum: siquidē dici potest fieri hoc non tam potestate querelæ, quā sententiæ, qua magistratus testamētum tanquā à furioso factum reicindit. Neque obstat quod querela dicitur esse ex legibus antiquis *l. 31. & 32. C. h. t. iuncta Nou. 18. c. 1. in fin.* quia licet aliàs per leges antiquas Ius XII. tab. veniat, id tamen in proposito minimè verisimile est, & magis probabile, quod Iustin. aliàs parum accuratè loqui solitus sicut & in *l. vlt. C. h. t.* intelligat simpliciter leges priores, vel ut edicta prætorum & responsa prudentum. Existimauerit fortè quis, eo iure introductam querelam, quo legitimæ quantitas constituta est. verum hoc iuxta in obscuro est.

LIT. E.

Ait hic Tr. petitionem hæreditatis & querelam posse cumulari, ita vt petatur testamentum rescindi & adiudicari hæreditas: & tamen lit C. via actionis proponendam esse querelā. Atqui cum actiones coram iudicibus pedaneis ex ratione iuris proponātur, ius rescindendi testamētum, horum iudicum potestatem excedere videtur: & verò querelam in iudicio centum virali propositam fuisse arg. *l. 13. h. t.* & locus Cicer. 1. de oratore vbi inter causas centum virales refert iura testamentorum ruptorum & ratorum: sed & formula & aliæ proprietates actionum, & ipsa definitio hic non satis conuenire videtur. Porrò cumulatio duarum diuersarum actionū, quales Tr. agnoscit querelam & petitionem hæreditatis, rationi iuris nostri non satis cōuenire videtur, & harum actionum cumulationi hoc quoque obstat, quod per alteram alteri fiat præiudicium. Videamus annon ita statui possit, querelam & petitionem hæreditatis, vt diuersa quidem posse considerari: vel quod plerumque hæreditas petitur, vbi de inofficioso nulla quæstio est: vel quod etiam aliquando querela agit, qui ius succedendi non habet: *l. 6. §. 1. hoc tit* & fortassis etiam exhæredatum querela & petitione hæreditatis seorsim vti potuisse, vnde & de vtraque in Digest & C. separati tituli sunt: cæterum frequentius & expeditius hæc ita coniuncta fuisse, vt non duarum actionum, sed vnius vicem obtinerent: idque inde firmatur, quod emancipatus exhæredatus instituturus querelā prius debet agnoscere bonorum possessionem: quo scilicet facto hæreditatem ex causa inofficiosi peteret. Vnde explico *l. 20. h. t.* vbi traditur, eum qui de inofficioso dicit mouere posse petitionem hæreditatis: non quasi instituta querela hæreditatem coram alio iudice petere, sed quod hæreditatem ex causa inofficiosi petere possit: idque est quod dicitur *in l. 34. C. h. t.* petitio hæreditatis nomine inofficiosi: eamque quasi idētitatem probat *l. 15. in fin h. t.* vbi victor in iudicio querelæ statim vtitur actionibus hæreditarijs: *& l. 21 in fin. eod.* vbi per inofficiosi querelam dicitur euinci hæreditas *& l. 27. §. eod.* vbi per querelam dicuntur vindicari facultates: & *in l. 8. §. 8 h. t.* ibi. si dicam inofficiosam, hæreditatem debeo petere. Vnde explicari potest obscurus aliàs locus *in l. 1. C. h. t.* vbi querela cōceditur aduersus fidei commissarium, perinde ac si hic pro hærede vel pro possessore possideret: quæ propria nota est petitionis hæreditatis. Eaque fuit olim sententia antiquorum, quam refert & malè improbat *Cyn. in d. l 1. & Ias ib. n. 5.* quod querela inofficiosi testamenti & vtilis petitio hæreditatis in illo casu sonent idem: *& quod querela implicitam habeat petitionem hæreditatis.* Et hoc scil. respectu *in l. 12. in fin. & l. 15 §. 2.* & alibi, querelam actionem appellari intelligendū est. Neq; obstat huic sententiæ, quod cum petitio hæreditatis coram iudice pedaneo tractata fuerit, vt colligitur ex toto titulo de petitiōe hęreditatis, testamentum tamen à iudice tali non videatur potuisse rescindi: quia respondeo, vel hoc absurdum imò non esse, cum fiat autoritate prætoris

toris qui iudicem dedit: vel quod non omnis petitio hæreditatis nec semper coram iudice pedaneo tractata fuit: siquidem test. Cic 1. de orat. testamentarias causas iudicium centum virale sibi vindicauit: & ipse Tr. disp. seq. th. 4. lit. D. ait petitionem hæreditatis olim in iudicio centum virali agitatam fuisse, quod confirmatur *ex l. vlt. in pr. de petit. hæred.* & fortassis vbi de iure quæstio incidit, ad iudicium cētum virale, vbi de facto, ad iudicem pedaneum prætor partes misit. Non obstat, quod post Dd. mouet *Ias. in l 1. C. h. t numer. 8* hæc duo iudicia non posse concurrere, quod querela agat non hæres contra verum hæredem, sed petitione hæreditatis verus hæres contra non hæredem. Etenim adiectio & mentio inofficiosi facit. vt hæres scriptus pro iniusto possessore, & ex aduerso querelam intentans pro vero hærede ab initio siue ciuili siue prætorio iure habeatur: siquidem pro qualitate personæ veluti si emancipatus sit, aditione hæreditatis, aut petitione possessionis bonorum ad querelam præparandam opus est *l. 7. h. t.* vt adeo iure hæredis vel bonorum possessoris eam intentari necessariò consequatur: quod etiam confirmatur *ex l 2. C. h. t.* & facit quod testamentum sub prætextu & colore furoris impugnetur. Secundū quæ defendi potest, quod etiam simpliciter hæreditas hic rectè putatur, & obiecto ab hærede testamento, per replicationem querela inducatur. Falsa igitur est sententia Dd. quam probat *Iason in d. l. 1. C. h. t. & sequitur Ant. Fab 17. coniectur. 1* querelam præcedere, petitionem hæreditatis sequi debere: cui fini *Cyn. & Ias. in d. l. 1 & alij Dd.* verbum, *perinde*, pro, *exinde*, ineptè interpretantur.

LIT. F.

Præcipua hac lit. quæstio est, an testamentum non factum secundum *N. 115. c. 3* sit ipso iure validum necne. Prius affirmat Tr. hac lit. in F. dum ait, etiamsi ex iusta causa non sit facta exhæredatio, si tamen ritè facta sit, testamētum adhuc per querelam esse rescindendum. Equidem illud verum est, ex ratione iuris nostri dupliciter exhæredationem considerari, & pro solennitate testamenti, & quatenus cum effectu remouet filium ab hæreditate: siquidem iure veteri etiam optimus & benè meritus filius saluo testamento poterat exhæredari. Verum Dd. communiter aliter ius esse putant post Nou 115. per quā Iustin. formam istam exhæredationi dedisse videtur, vt ex iustis fiat causis & in Nou. expressis, qua forma non seruata testamentum nullū esse existimāt: quod sequutus est *Ant. Fab. dec. 14. err. 6.* vbi ait, quod nō quælibet exhæredatio hodie sufficiat ad implendam testamenti solennitatē, sed quæ sit qualificata & quæ scil. habeat adiectā causam: à qua tamen recedit *dec. 39 err. 5.* contēdens quod in Nou. 115. de illo tantum casu agatur, quo testamentum ipso iure firmum, & ex eo hæreditas adita est: & ibid ineptè duplicem facit querelam, veterem & Iustinianeā, & nescio quæ commenta fingit, de nouo remedio a Iustin. in d Nou 115. introducto. Mihi Dd. sententia simplicior esse videtur, vel quod Iustin in tam prolixo capite nullam querelæ facit mētionem: vel potius quod causa nulla vel iniusta expressa, hæres non admittitur ad probandam ingratitudinem filij: quæ communis est Dd. sententia, & fundatur in *l. 30. §. 1. & l. 34. C. h. t. Nou 115. c. 3. in pr. & fin.* vt adeò imaginaria & iudicis saltē causa instituta querela sit futura, in qua perpetuò & necessariò obtineat filius. Quod verò tandem iudicium illud inofficiosi erit, in quo nihil hæredi opponere, neq; de ingratitudine filij liceat disputare. fatuus itaque futurus sit hæres, qui citatus compareat ad iudicium in quo nunquam vincere possit: ineptus etiā iudex qui eam actionem recipiat, in qua nulla causæ cognitio, nullæ vnquam partes ipsius aliæ futuræ sint, quam vt condemnet. Et frustra hic affertur casus filij abstinentis & querela non agentis: quia non facilè hoc præsumitur facturus filius, & hic non de facto sed iure, & de casu querelæ institutæ vel instituendæ disputatur. Illa autem Dd. opinio. quā refert & probat *Ias in Auth ex causa C de liber præter in princ.* videtur inepta. qua testamētum quidem nullum esse statuunt, audiri tamen hæredē ingratitudinem probaturum: vt ita filius ab intestato remoueatur, & tamen testamento scriptus maneat hæres. Sunt qui obiectioni superiori ab absurdo ductæ occurrunt exemplo posthumorum ex ratione iuris veteris exhæredatorum. Verum replicari posse existimo, vel, quod ius generale non potuerit mutari propter posthumos: vel quod illo iure aliquando ex persona alterius exhæredari quis poterat *l. 3. §. 5. de bon. possess. contr. tab.* vel deniq; quod posthumus iure veteri etiam cū effectu poterat exhæredari si ipsi quarta titulo particulari relicta fuisset *§. penul. Inst h. t & Nou 18. c. 1 in fin.* quod hodie mutatum *d. Nou. 115 c. 3.* Illud planè non obstat sententiæ Dd. quod in fin. *d. cap. 3* rescissum dicitur testamentū: vel quia verbum rescindere aliquādo significat nullum declarare, vt notant Dd *in*

l.5.C de rescind. vend. quo sensu libertas nulliter data reuocari dicitur *l.1.C.qui manum non poss.* & in constitutionibus Iustin. frustra accusatio illa desideratur: vel quia respectu iuris veteris, quo firmum erat tale testamentum, & hodie potestate iuris quasi rescinditur ita locutus videri potest Iust. vel denique, quia sub irrito testamento, quæ vox in Græco textu extat, verbo generalius sumpto, testamentum ab initio quoque nullum, contineri docet § 5.*Inst.quib. mod. test infir.* Illud moueri possit, quod cum ex veriori sententia, de qua postea aliæ præter expressas causas in *c.3 Nou.115.* sint admittendæ causæque adeò exhæredationis incertæ sint, nõ videatur statui posse, iuris potestate nullum esse testamentum. Verũ non propterea opus erit querela, sed implorabitur officiũ iudicis, qui de iustitia causæ, an expressis maior æqualisue sit, cognoscat: quo facto, approbata causa retro nullum censebitur testamentum. Quæ licet ita disputari possunt, veniebat tamen in mentem tentare, nunquid intersit, an pater simpliciter exhæredauerit filium, maximè relicta legitima portione, an verò exhæredauerit ex causa etiam generali & non definita, quod circa se fuerit ingratus: vt illo quidem casu non liceat hæredi obijcere & probare causam aliquam, hoc autem liceat. Quod probabile facit consideratio iuris veteris & in eo mutando scopus Iust. *in d. Nou.115 c.3.* quia scil. iure veteri licebat exhæredare etiam optimum filium cũ effectu, si legitima saltem relicta fuisset quocunque titulo: hoc nimirum tollit Iust. *in d. Nou.115.* & ad hunc casum etiam pertinere existimandum est, quod hæredi negatur ius obijciendi ingratitudinem, quod præsumitur testator non quod ingratus esset filius, sed tantum pro solẽnitate testamenti exhæredationem fecisse. Hæc autem ratio cessat, quando pater filium ingratum dicit, eumque exhæredat: quo casu non audiri hæredẽ, ingratitudinis probationem offerentem, fuerit per absurdum. Idque confirmo ex *d l. 30. in fin. pr. Cod.h.* vbi remouetur filius, quem pater arguit ingratum, & tum demum non permittitur hæredi quæstionẽ ingrati introducere, si patet nullam omninò filij tanquam ingrati fecerit mentionem. Hoc enim ita iuxta tenorem verborum interpretor, vt sufficiat etiam in genere citra specialis causæ expressionem filium ingratũ arguisse: Et sanè tria innouare *in d. Nou. 115.c.3.* Iustiniano propositum fuisse videtur. 1. certas ingratitudinis causas exprimere. 2. iniuriam exhæredationis tollere, vt non sufficiat relicta legitima titulo particulari quomodocunque liberos exhæredare. 3 legata, vtcunque corruat institutio conseruare: & igitur cætera dispositioni iuris antiqui relicta intelligentur. Secundũ quæ media hæc erit inter quorundã neotericorũ & Dd. vulgò sententia: vt simpliciter exhæredato filio testamentũ sit nullũ, adiecta autem ingratitudinis mentione etiã in genere, querela sit experiẽdũ.

Et hodie in linea tam recta.] Ait etiam hodie in linea tam recta quam transuersali locum esse querelæ, & in allegatis subijcit hoc ita obtinere, quando ex iusta causa exhæredatio facta est, quæ ab hærede nequeat probari. Atquin hoc malè ad vtramque lineam referunt: cum in transuersali etiam non expressa causa, etiam præterito fratre testamẽtum ipso iure subsistat. Sed fortassis Tr. hoc posterius tantum de linea recta intellexit, cum Dd. quorum hanc sententiã refert *Clar. in §. testam q.4.n 4. & 5.* quod vbi causa etiã legitima inserta est, sed non probata ab hærede, testamentum sit impugnandum per querelam: cæteroquin ea probata inanis sit querela. Quod parum subtiliter dici videtur: quia propriè loquendo à probatione, an querela opus sit, dependere non potest: & rectius dicitur, quandocunque iusta causa adiecta est, querela esse opus, in cuius videlicet iudicio de veritate causæ disceptetur. Nisi fortè quis existimauerit, cum ex sententia N 115 testamentum regulariter nullũ sit etiam hoc casu iustæ adiectæ causæ, querelã instituendam non esse, sed ex officio saltem, an causa vera sit, inquirendum esse: quo posito obtinebit sententia Martini, cuius à Tr. facta est mentio, querelæ hic locum non esse. In eo autẽ manifestò sibi cõtradicit Tr. dum Dd sequitur, qui expressa demum causa iusta, quæ ab hærede probari nequeat, locum querelæ faciunt, & tamẽ in fin lit. cum Donell. & Duaren. etiam si nulla vel iniusta causa adiecta sit, per querelam testamentum infirmandũ esse statuit: quæ quidẽ duo simul consistere non possunt. Cæterum in linea recta, non tantum quærendum est de testamentis parentum, sed etiam liberorum: an, si hi vel præterierint parentes, vel adiecta iniusta, & c.4. d.N.115. non probata causa exhæredauerint, testamentum ipso iure nullum, an per querelam sit rescindendum. Et prius commune & verius, & d.c.4. conuenientius est: quod *Iustin eod modo in pr. d c. 4.* non licere liberis parentes suos præterire aut à rebus proprijs alienare: & in fin si contra factum sit, perinde vt in *c 3.§ vlt.* nullam vim eiusmodi testamentum habere constituit.

THE-

THESIS II.

LIT. A.

Sive emancipati sunt.] Cum dixisset querelam dari liberis vtriusq. sexus, subiicit id hodie verũ esse etiam in emancipatis. Parũ subtiliter, quod dubium non sit, etiam iure veteri emancipatis exhæredatis datam fuisse querelam per Tex. generalem *in l.8 in pr. de bon poss contra tabb.* & specialem de emancipatis *in l.7. in fi. h t.*

Quod vulgo de iam natis.] In utramque partem disputat Treut an posthumus hodie exhæredari salvo testamento possit. Et ipse quidem in affirmativam videtur proclivior: cæterũ negativa præcedentibus consequens est: quod hodie non simplex, sed qualificata exhæredatio requiratur ad sustinendum testamentum, & posthumo sive iam nato doli incapaci nec specialiter nec generaliter causa ingratitudinis adscribi possit. *Castr in l.2. D h.t n.8 & 9.* Posita autẽ sententia, quam Tr. in extremo th. præced. sequitur, necessariò affirmativa ponenda est: siquidem illa admissa, hodieque exhæredatio simplex ad solennitatem testamenti sufficiet. Prout itaque aut Dd. aut Neotericorum quorundam sequaris sententiam, ita hæc quæstio certò aut neganda aut affirmanda, non autem, vt Tr. facit dubitanter de ea disputandum est.

LIT. B.

Hoc est ab ascendentibus adoptati.] Quod de legitimis tantum dixerat, iis competere querelã, non rectè restringit ad adoptatos ab ascendente: quoniam idem locum habebit in arrogatis quibuscunque, in quibus vetera iura cum Iustin. intacta reliquerit illi consequẽter potestati patriæ plenè & perfectè etiam hodie subijciuntur. Neque obstat *l.5.§.15 h t.* quia speciale est in pubere arrogato qui cum quartam ex l habeat, querela non vtitur, sicut nec alius, qui eam ex voluntate testatoris accepit: in aliis autem arrogatis ius commune obtinebit.

LIT. C.

Nisi deficientibus legitimis.] Falsa videtur hæc sententia, quòd liberis naturalibus tantum detur querela inofficiosi contra testamentum patris, si liberi legitimi & iusta uxor deficiant, siquidem hi & civili & prætorio iure licitè & liberè præteriri possunt. Nec video quid pro Tr. facere possint *l.23. & seqq. de statu hom* Nec pro eo facit *N 89.c.12.§.4.* quoniam quod ibi de casu successionis ab intestato traditur, ad eum casum quo testamento facto alius hæres scriptus est, minime est extendendum, quod etiam disertè scribit post alios *Castr in l si qua illustris pen. C. ad SC. Orphit.* quod scil. naturales nunquã ad querelã cõtra patris testamentũ admittantur. Nihil planè facit *§.2. Inst. h.t.* quoniam vulgatũ est, quod naturales liberi, vbi opponuntur legitimis tantum, significent ex iusto matrimonio natos, velut *in pr. Inst de adoption.*

Imò si mater sit illustr.] Liberis naturalibus contra Testamentum matris illustris negat querelam, proculdubio ex *l. si qua illustris pen C. ad SC. Orphit.* verum illa nominatim excludit liberos spurios incerto patre natos, qui à naturalib. plane sunt diversi, & quibus Dd. post *Gloss.* nominatim *Bart. Salic. & Castrens. d. l. pen.* contra testamentum etiam illustris matris querelam cõcedunt. Et sane correctoria lex & in specie de spuriis loquens, ad casum diversum liberorum naturalium ex concubina natorum temere trahẽda non est: & cum Iustin *in d. l* non obscurè eandem statuat rationem matris illustris & ingenuæ, hæc etiam ex ratione iuris veteris in concubinatu esse potuit præcedente testatione *l.3. in pr. de concubin* Deinde Treut. indistinctè negat querelam: cum tamen Iustin. *in d. l. pen.* nominatim loquatur de casu extantium aliorum legitimorum liberorum: eoque à contrario sensu his nõ existentibus liberi etiam spurii ad successionem, & porrò præteriti ad querelam contra testamentum matris illustris admittentur: quæ ex hac ipsa ratione sententia est *Dd Cyn. Bart. Salic. & Castrens in d l. pen.* In eo autem errat Cyn ibid. quod textum *in d. l. pen.* restringit ad casum successionis ab intestato, & non obscure etiam spuriis, etiam ubi alii liberi extant, adversus testamentum matris illustris querelam concedit: cum tamen difficilius videatur, vt quis ad querelam, quam ad successionem ab intestato admittatur.

THESIS III.

LIT. A.

Cum exhæredantur.] Intellige iuxta acceptionem, qua usus est th. 2 lit B vt etiam comprehendatur casus præteritionis.

Vnde rectè colligitur.] Ait ex *l 14 h.t* rectè colligi, quod in querela adversus testamentũ patris, filii exheredati præponãtur avo præterito & hic demum illis exclusis admittatur. Quæ collectio parũ videtur subtilis: quia quod expressa verba textus habẽt, id min⁹ rectè colligi dicitur: & ex manifesta & certa successionis ratione (agitur autẽ ibi de filio emãcipato) potior est linea descendens.

Siue in potestate, &c.] Ait dari aduersus testamenta liberorum, siue sint in potestate, siue extra eam, sed ibi ea duplici limitatione. Prima est lit. B modo ab intestato fuisse̅ successuri. Quod ex ratione iuris veteris explicandum est, nec prætorio siue ciuili iure successuri fuisset : quod alias emancipati, quibus querela datur, iure ciuili ab intestato non succedant. Altera est lit. C. modo bona liberorum non sint Castrensia vel quasi. Quæ limitatio præcedentem propositionem de liberis in potestate destruit : quod hi de nullis a sijs bonis ius testādi habeāt: adeoq; si contra testamenta super his bonis condita, querela non datur, sequitur contra testamenta liberorum in potestate, non esse locum querelæ. Neque dicere possis, quod Tr. respexerit ad bona aduentitia, in quibus filius plenam habet proprietatem, in quibus ex quorundam sententia filius testari potest : vel quia ea opinio omninò falsa est de qua agitur infra p. 2. disp. 10. vel quia Tr. adducit *l. vlt C. h. t.* ex qua simpliciter negandum est, contra testamenta liberorum in potestate, locum esse querelæ : vt fortassis non sine causa in *l. 14. h. t* mentio fiat filij emancipati.

Interim quoad quasi Castrensia.] Coniungendū hoc est cum præcedentibus, quia continet correctionem *l. vlt. C. h. t.* Etenim *Nou. 115. c. 4.* ad emancipatos restringi non potest, quod hi indistinctè ius testandi habent, Iustin. autem ibi loquitur de bonis, in quibus filij testandi licentiam habent. Sed & amplius, haud scio an quod Tr. tradit, d. N. sit ad bona quasi Castrensia restringenda : cum textus sit generalis, & de castrensibus bonis æquè & magis etiam filij testandi licentiam habeant. Et cum vtrisque bonis hoc priuilegium datum sit *l. vlt. C. h. t.* pariter vtriusque *in d. N. 115. c. 4.* erit ademptum. Sūt qui distinguant in castrensi peculio, an testamētum factum sit in expeditione iure militari, an iure communi. Verum ita priuilegium non tam rebus tributum fuerit, quam modo testandi : & si vtrisque bonis, castrensibus & quasi æqualiter illud priuilegium datum fuit, non videatur admittenda eiusmodi distinctio, cui in alterutris videlicet quasi castrensibus non sit locus : nisi omnimodā æqualitatem negare velis, quod in castrensibus concurrat & fauor rerum, & militiæ armatæ, cum togatæ tantus fauor non sit : & hanc distinctionem sequitur *Vult. ad pr. Inst. n. 7* adeò non satis benè a Tr. allegatus: licet communius Dd. indistinctè etiam militem, inofficiosè, vt ipsi loquuntur testari posse negent, & si fecerit, querela impugnari, vel secundum *Nou. 115. c. 4* nullū dici posse existiment, *Cyn. & Bald. in l. vlt. C. h. t. Bart. in Auth. ex causa, C. de liber. præter n. 13.* contra quorundam opinionem: qui tantum legitimæ condictionem cōcedebant, quos etiam ex *d. c. 4.* refutat *Salic. in Auth. presbyteros C. d. Episcop. & Cler.* Planè, vt hoc addamus, *d. l. vlt. C. h. t.* non obstat *l. 8. §. eod.* quia loquitur de patrefam. in quo cum nomen peculij cesset *d. l. vlt. C. h. t.* cessat etiam priuilegium, & ex accidenti est, quod tantum habeat bona Castrēsia: quæ responsio est *Cyn. & Castr. in d. l. vlt. & ib. d. Sal. n. 3.*

Vbi non est melior] Pertinet hoc ad explicationem *d. l. vlt. §. 1 vers. si enim patronus C. h. t.* Et Tr. negat ibi esse meliorem causam filiorum & parentum, quam patronorum, idque acutè à Cuia. probari ait. Verum nihil apud Cuiac. citato loco acuminis, sed simpliciter istam opinionem propositam video, & improbatam Accursij : & eam tamen forte probabiliorem : siquidem generale est, quod *in d. §* ait Iustin. patronum contra testamentum liberti super castrensibus possessionem bonorum accipere non potuisse : cum tamen contra testamentum à veterano milite factum super castrensibus, & à non milite super quasi castrensibus fuerit locus querelæ *per d. l. vl. C. h. t & l. 8. §. 3 ff. eod.* nam quod Cuiacius illum locum de militante liberto accipit, non conuenit generalitati textus. Et sanè rationis est, vt parentum & liberorum potior hac in re, quam patronorum sit causa.

THESIS IV.

Lit. A.

Si turpes persona.] Videri hoc possit esse ex noua constitutione Constantini *in l. 27 C. h. t.* siquidē textus iuris veteris simpliciter fratribus præteritis querelam concedunt, & citra diuinationē ad istum casum restringi non possunt. *L. 1. l. 6. in pr. & l. 8 §. 5 h. t. l. 21. C. eod.* Neque obstat *l. 24 h. t.* in cuius specie commodissimè fingitur vno fratre præterito alter cum extraneo hærede institutus fuisse. Illud sanè interfuisse ex iure veteri an à fratre libet. vel extraneus nec ne hæres fuerit scriptus, indicium præbet *l. 31 § 1. h. t.*

Lit. B.

Turpem personam non accipimus spurium.] In allegatis subijcit, quod imò nec infamia facti laboret. Atqui videri possit plus esse in facti infamia, quam in macula illa, ex qua in hac materia ad effectum admittendi fratres ad querelam, æstimatur turpitudo iuxta *l. 27. C. h. t.* Cæterum quod

quod ipsam rem attinet, vix putarim *d.l. 27.* restringi posse ad notam, quam ipse institutus contraxit: levem autem aliquam maculam, cuius mentio *in d.l. 27* nõ nærere in spurio, vix defendi posse existimaverim, sive de iure divino sive Canonico, sive legibus & moribus aliarum gẽtium quæratur: secundum quos cum tantũ probẽtur coniunctiones legitimæ, fieri vix potest, quin ex improbato concubitu nata soboles, aliqua labe aspersa videatur: & vel ideo, vt hac quoque ratione a vago concubitu cives abstinere discant, ne dicam quod qui nec gentem, nec familiam, nec omninò patrem habet, pro integra. & ut loquuntur, legali persona haberi non posse videatur: de quo etiam agitur *supr. disp. 8. th ult. add. Thessaur. decis. 126.*

LIT. C.

Aliis ultra fratris cognatis.] Generalius hoc verbum accipiendum est, vt etiam agnatos, quorũ multi quoque ultra fratres sunt, comprehẽdar. Obstat autem *l. 6 in pr. h.t.* vbi quod antea & suorum & legitimorum fit mentio, verbũ sequens *cognatorum*, ad fratres referri non potest: vt adeo fortassis de matre, vel potius cum Accursio ibid. de nepote ex filio emancipato sit accipiendum: nisi quis existimet speciale esse in posthumo, qui cum oblivione præteritus censeri possit, spem obtinẽdi per querelam habere potest, quam alii non habent, vt est *in l. 1. h.t.* Illud rectè *in d.l. 6.* Accursius notat, quod ratio ibi subnexa de iure petendi bonorum possessionem ab intest. minimè sit generalis aut adæquata.

LIT. D.

Vnde non insubtiliter.] Difficiliorem disquisitionem habet, quod hic proponitur, vbi fratres præteriti testamẽtum querela resciderunt, fratrum liberos cum iis non succedere, quibus sc. querela non datur *l. 1. h.t.* Eiusdem generis propositio est in exegesi, fratres utrique coniunctos non succedere cum parentibus, si hi filium fecerint intestatum per querelam. Quibus consequens est tertium à Tr. omissum, fratres uterinos, qui querelam non habent *l. 27. C. h.t.* hoc casu non successuros cum consanguineis tantũ. Eamque sententiam Dd. esse colligitur *ex Iasone in d.l. 27. C. h.t. col. 3 & Bald. ibid. col. 2. post Odofred. ibid.* vbi respondent ad *Nov. 118 c. 3.* ex qua uterinus concurrit cum consanguineo, quod aliud sit ab intestato. In contrarium autem ita disputari potest; quòd cum ratio sit anima legis, & cessante ratione legis ipsa lex cessat, quod ex Dd. tradit *Iasin l. 3 C. h.t. n. 5.* & ratio cur iure veteri, v. c. fratrum liberis & vterinis non daretur querela, hæc unica fuerit, quod cum patruis & consanguineis non concurrerent, hac ratione sublata, post *N. 118.* in querela eos quoque cõcurrere defendi posse videatur: aut certe victoriam patruorum his quoque prodesse debere, vt cum illis ab intestato succedant. Et hoc, 1. quia per querelam res deducitur ad causam intestati. 2. quia *N. 118.* omnes successiones ab intestato decidit: nec tantùm eos casus, quibus ab initio quis intestatus decedit, sed etiam quibus postea testamentum rumpitur, aut irritum fit, adeoque etiam, vbi per querelam tanquam inofficiosum rescinditur 3 quia posito iure, vt uterini & fratrum liberi ab intestato cum consanguineis & patruis succedunt, non minus illis, quam his præteritione iniuria fieri videtur. 4 quia duæ tantum successionis species sunt, ex testamento & ab intestato. Neque satisfacit, quod ex Vigelio respondet Vulteius *num. 9.* secus esse vbi quis per querelam fit intestatus, quod hic testatus decessetit paterfam. tum quia nihil interesse potest, sive quis nullo testamento decedat, sive postea intestatus efficiatur, quia vtique cum intestatum esse verum est, *arg. l. 1. in princ. de suis & legit. l. 6 §. 1. h. t.* tum quia alias sequeretur, etiam vbi per destitutionem hæredis vel agnationem, testamẽtum irritatur vel rumpitur, ab intestato, vt aliàs non succedi. Et verò nihil hic interesse iura decent, nisi hoc, quod ubi nullum testamentum factum est, qui tempore mortis, vbi autem factum est qui eo tempore quo certum est neminem ex eo hæredem futurum, proximus est, succedit *§. proximus Inst. de leg. agn. succ.* Facit 5. quod testamentum inofficiosum rescinditur prætextu furoris, vt tanto magis pro intestato paterfam. debeat haberi. Facit denique 6. quod ius nullo testamento facto patrui non habuissent, id etiam rescisso per ipsorum factum testamento habere non debent. Atqui non facto testamento nullum ius prærogativæ patrui habuissent: ergo, &c. Ratio maioris est, quod cum ipsi contra voluntatem defuncti & testamentũ directo veniant, absurdum fuerit voluntatem defuncti ad excludendos fratrum liberos illis prodesse cum si testator de hoc cogitasset, potius intestatus proculdubio cedere maluisset. Neque facit, quod legata hodie debentur, vt non videatur planè ab intestato succedi: vel quia hoc ipsum, vbi fratris testamentum impugnatur dubium est, de quo agitur th. 7. in fin. vel quia hoc fit sola potestate

testate legis, vel quia etiam ab intestato legata deberi possunt. Neque obstat, quod factum patruorum non debeat prodesse liberis fratrum: vel quia ex adverso impugnatio voluntatis defuncti illorum conditionem meliorem facere non debet, vel quia non prodest per se sed ex accidēti, quod res reducitur ad causam intestati: ex quo fit, vt victoria eius qui ius succedendi non habet, aliis prosit *l 6. §. 1. h t* Non obstat denique ratio, qua post Vulteium movetur Treut. quo beneficium non debeat extendi ultra mentem legis in eius fraudem, quia nihil planè fit in fraudem legis, quin secundum mētem legis est, vt fratrum liberi ab intestato cum patruis concurrant, &, vt paulò ante probatum, post Nov. 118. juris antiqui ratio cessat: adeò ut etiam in querela fratrū liberos concurrere, tentari possit. Quamvis leges novæ non sint nimis extendendæ: & admisso illo fratrum liberis etiam ubi soli sint, vel repudiantibus etiam patruis, querela fuerit concedenda. Et ideò rectiùs, hic subsistemus, vt effectum querelæ & fructum ad fratrum libros pertinere, vel ad summum cum patruis querelam moventibus, concurrere posse statuamus: quod aliàs quoque novum non sit, vt aliquis propter tertium beneficium habeat, quod proprio iure & ex sua persona non haberet.

THESIS V.

LIT. A.

Tradidit hic Tr. quod querela ad suos indistinctè, & quod ex oppositione extraneorū colligitur, etiam non præparata transmittatur. Ad quod probādum malè adducit textum iuris antiqui, ex quò querelam nisi præparatam, nec in hæredem suum transmissam fuisse probatur *ex l. 6. §. ult. h. t. & l. si quis filiā 34. C eod.* vbi Justin. favorabiliter & nove nepoti concedit querelam ex persona patris. qui ea non præparata decesserat, quamvis Tr. mixtim alleget textus iuris civilis antiqui & novi, adeoque hi ad diversa prædicata sint referendi, cum hoc ex iure veteri reliquum fit, vt extra casum sui hæredis querela non præparata non transmittatur. Sed & non tantum inter hæredem, in quem, sed etiam & magis à quo transmittenda querela videtur distinguendum *arg l. 7 h. t.* quomodo *Salicet. in l. 6. Cod. de transaction num 3.* non curandum esse ait, an liberi in quos querela transmittatur, sint sui an emancipati.

LIT. B.

Instaurari ab hæredibus nequit.] Nota hic pugna est inter *l. 16 in pr. h t. & l 6. C. de transact.* Distinctio relata à *Salic in d. l. 6.* an discessum sit ab instantia an ab actione: sicut & illa, quam *ex Alciat.* refert *Costal in l. 5 §. ult* an per repudiationē an liberationem: menti & sententiæ ICti *in d. l. 27.* non convenit. Prima solutio Accurs. quam hic quoque innuit Treut. vt inter ipsum transigentem eiusque hæredem distinguatur, *à Salic. & Dd communiter in d l. 6* tenetur. Pro qua facit duplex ratio, tum quod querela natura sua in hæredes transitoria non est, vt tanto difficilius controversiæ sopitæ resuscitatio & restauratio illis sit concedenda: tum quòd in specie *l 27. h. tit.* (*vt in l. 6 C. eod. scribit. Salicet.*) videtur tantum principium, vt ita loquar, vestimenti, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, quod, videlicet discessio a lite, perficitur demum morte transigentis: vt ita in casu personæ principalis transigētis adhuc superstitis, res quodammodo in terminis nudi pacti subsistere videatur: quod secus est *in l. 6. C h tit.* in qua specie adeò cum & transactiones & testamenta sint favorabilia, potius actio præscriptis verbis, quam instauratio querelæ est permittenda. Vide etiam *Hottom. in d l. 6. C. de transact. Fachin. 1. controvers. 10.*

LIT. C. & D.

Duplex hic proponitur quæstio, de iure accrescendi, & edicto successorio. De illa dicimus ad th. 15. Huic in querela locum esse affirmat *Tr. post Bart. in l. 14. h t. num 4. Costal. in l. 6. §. ult. & in d. l 14. Don. 16 comment. 7.* & alios relatos *à Gomes 1. variar. resolut. 11. nu. 21. per l. 14. & l 31 ff. h. t.* quibus quidem ita movetur Donell. vt hac in re IC. dissensisse existimet. Verum huic sententiæ contradicit *d. l 34 C. h t* vbi Iustin. disertè ait, patre exhæredato non præparata querela præmortuo, omne auxilium nepotem dereliquisse: qui adeò locus non nisi absurde ad casum nepotis ex persona patris agere volentis, referri potest. Sed & ratio iuris antiqui hæc est *ex l 6. de iniust. test* vt exhæredatus obstet nepoti: quod pluribus rationibus confirmat *Gomes. citat. loc.* quod videlicet filio quocunque modo à querela excluso, nepos nō admittatur, quippe cui nec iniuria facta est, nec præcedente filio legitima debetur. Et facilis responsio est ad *d. l 14. & 31. h. t.* quę scil. loquuntur de diversis gradibus: ita tamē, vt, quoniam alterius ius potius est, simul in querela concurrere non possint. Finge filium emancipatum exhæredasse filium, præteriisse patrem: vtrique iniuria facta est, non tamen æqualiter, sed magis filio quam patri; ideoque filius,

cuius etiam in successione ab intestato potius jus est, ad injuriam eam vindicandam, & testamentum impugnandum prius: eo autem excluso vel repudiante, etiam pater, non ex edicto successorio, sed quia ipse præteritus est, ad querelam admittitur

THESIS VI.

LIT. A

Et nuncupatos.] Nec dubitandi quidem ratio hic esse potest, quod in hac materia ead. planissimè testamẽti scripti & nuncupati ratio est, vtpote in quo æquè exhæredatio & præteritio fieri possit. Neque dubito iniuriam hic fieri VVesemb. apud quem nihil tale. & Schneidevv. qui dum cit. loco scripti hæredis facit mentionem, non magis credendus est nuncupatum excludere voluisse, quam i Ctus *in l. 24. & 29. §. vlt. h. t.* vbi itidem descripto hærede loquitur.

LIT. B.

Vel fideicommissarios.] Querela ipsa utpote tendens ad rescindendum testamentum, non videtur rectâ contra fideicommissarium intentari posse: sed potius petitio hæreditatis ex causa inofficiosi, vt explicatum est supra *ad th. 1.* Neque obstat quod Dd. movent *in d. l. 1. C. h. tit.* petitionem hæreditatis nõ dari contra titulo possidentem: vel quia hæc regula intelligitur de titulo particulari, fideicõmissarius autẽ loco hæredis est: vel potius, quod ipsa inofficiosi causa adiecta facit, vt sine titulo possidere intelligatur: idque est quod dicitur *in d. l. 1.* perinde teneri fideicommissarium, atque si pro hærede vel pro possessore possideret: de cuius explicatione vide etiam *Ant. Govean. 1. variar lect. 6. & Ant. Fab. 17. coniect. c. 1.*

LIT. C.

Qui hæredis locũ obtinent.] Exemplũ tradit in fisco *ex l. si hæredũ 10. C. h. t.* in cuius secunda parte illud scrupulũ movet, quod de bonis vacantibus proponitur: quia constat querelæ nisi testamento facto, & ita alio hærede scripto, locũ nõ esse. Et igitur aut hæres scriptus adiit, & bona vacantia non sunt: aut repudiavit: & ita destituto testamento ab intestato filius hæres erit: quia non adita hæreditate nullius momẽti est exhæredatio *l. 29. in pr. de bon. possess. cont. tab.* in quo videtur labi *Salic. in d. l. 10. C. h. tit.* Vidit hoc Accurs. ideoque secundam partem *d. l. 10* non de querela, sed de petitione hæreditatis interpretatur.

LIT. E.

Hoc colore etiam hodie.] Equidem hic color dementiæ in nuda scrupulositate iuris positus esse videtur, propter favorem testamentorum. Cæterùm hodie duplex ratio Tr. adversari videtur *1* quod ut ipse seq. th. tradit, legata præstanda sunt, quæ à furioso relicta non debentur *l. 36 de legat. 3.* ut proinde hodie non plenus dementiæ color prætendi posse videatur. *2.* quod hodie ex veriori sententia, vtique communiter recepta, de qua actum est th. 1. non locus est querelæ in linea recta, nisi ubi causa iusta, sed ea tamen dubia expressa est: qui autem ex iusta causa filium exhæredat, nõ potest videri demens. quæ ratio est *Bart. in l. 5 in fin. & l. 13. in fin. h. tit.* idque communiter teneri à Dd. vt tamen hodie dicendum sit causam esse falsam, scribit *Castrens. in l. 2 h. t. n. 1.* Ex quibus apparet, ex eorum demum sententia, qui hodieque exhæredatione qualitercunque facta querela opus esse contendunt, colorẽ hunc dementiæ admitti posse. Planè cum ille color fundetur in eo, quod omissæ sint personæ, quibus pietas aliquid relinqui suadet, minus in linea transversali necessarius videri possit. Planè ratione intentionis, quod vtique filius immeritò & contra officium pietatis exhæredatum se contendit, cum nondum de iustitia causæ constet, hodieque sub colore furoris querelam institui dicemus.

LIT. F.

Ait hodie hæredem probare, *1.* quia nemo præsumatur malus. Imò præsumetur quem pater, cuius summus in liberos amor, notarit, *2.* quia sint certæ causæ. Atquin tantò facilius causas illas in se non cadere ostendere possit filius: Simplicius dicemus, hoc à Iustiniano tributum favori liberorum: cùm alias etiam eius potius sit probare, qui affirmat, quàm qui negat.

THESIS VII.

LIT. A.

Illud quidẽ rectè se habet de loco, in quo querela intentari debet, sed inconcinna exceptio lit. B nisi filius per modũ contradictionis agat: neque enim est de regula, nec dicitur rectè agere, qui cõventus excipit de inofficioso: & quod dicitur, reũ excipiendo actorẽ esse, eò tantũ pertinet, quod reus non minus exceptionem suam, quàm actor intentionem probare tenetur: & tantò incommodius hoc dicitur, quod hic tractatur de sortiendo foro, cuius intuitu nemo vnquam dixit, reum actoris partibus fungi.

LIT. C.

Tractatur hic de interpretatione *auth. ex causa, C. de liber. præter.* quam ita accipit Treur. cum aliis vulgò, quod rescisso per querelam testamento

mento legata debeantur Et hoc quidem liquidum est ex eorum sententia, qui in casu *Nov. 115.c.3.* querela opus esse putant: Verum dubiũ habet secundum eam opinionẽ, quæ citra querelã ipso iure testamentum statuit esse nullum. Neque deest diversitatis ratio, quod in iudicio querelæ, dubius litis eventus subeundus est; at in specie *d. Nov. 115.* ipsa lex citra ullum periculum hæreditatem adiudicat: & nihil est vulgarius aut receptius, quam quod constitutiones correctoriæ ad casus diversos neque ex paritate rationis sint extendẽdæ. Poterit igitur hoc fortasse paradoxon defendi, rescisso per querelam testamento neque hodie legata deberi: idque fortasse rectius, quam ut cum *A. Fabr. decad. 39 err. 3.* duplicem querelam constituamus, alterã veterem, alteram novam: ita quidem ut si veteri quis uti, & onus probandi se non fuisse ingratum, in se suscipere velit, hodieque testamentum totum una cum legatis & fideicommissis expugnare possit.

Non in præteritione per patrem] Diximus de hoc ad th. 1. lit. B.

An in præteritione posthumi] Non obscurè affirmat Tr. eamque communem Dd. sententiam esse *Iason.* (sibi tamen contrarius *l. 8 C. de impub. subst. n. 8.*) scribit *in d. auth n. 2.* Contraria tamẽ opinio verior videtur: vel quia eiusmodi testamentum vitio interno laborat, vel quia verius est, d auth. ex causa ad præteritionem paternam non pertinere: quam opinionem a Glossa & multis antiquorum probatam fuisse testis est *Ias. in d. auth. n. 1.*

An in præteritione fratris.] Difficultas huius quæstionis non videtur magna ex opinione eorum, qui cũ *Tr. th. 1 in fin.* ex causa *Nov. 115.* querela opus esse existimant: ita enim statuemus, quod auth. illa ad testamenta ipso iure valida, & per querelam rescissa pertineat: cum etiã testamentum in quo frater præteritus est minùs sit odiosum. Cæterum si in casu *d. Nov. 115* testamẽtum ipso iure nullum statuas, & conservationem legatorum, iuxta paulò ante notata, ad illũ casum restringas, defendi possit, expugnato per querelam fratris testamento legata non deberi: quam sententiam tanquam certam & communem refert & sequitur *Iason in d. auth. ex causa, n. 16.* eamq; de iure veriorem, sed alteram æquiorem dicit *Salic. in l. 27. C. h. t.* & unum dissentire Bald. idem *Ias. scribit in d. l. 27. col. 2 & 3.* ex eo quod constitutio correctoria sit extendenda, ubi aliàs sequeretur absurdum: quod absurdum scil. innuit Tr. in extremo th. ne fratres meliores sint conditionis Et hoc tamen dupliciter removeri possit, tum quia diversa ratio est, ubi testamentum potestate iuris, & ubi per querelæ iudicium evertitur: tum quia aliàs *d. Nov. 115.* cõditionem liberorum in multis fecit pinguiorẽ, quæ ad fratres non nisi turpi persona instituta succurratur Ratio autem Tr. à generalitate authen ex causa desumpta, nullius momenti est: quoniam *Nov. 115 c. 3. & 4* satis perspicuè de parentibus & liberis loquitur.

THESIS VIII.

LIT A & B.

Immeritò] Ratione intentionis: quia causa etiam esse iusta, & qui querela agit, succumbere potest.

Cum liberos tùm parentes] Non rectè omittit fratres: & fortassis ubi quæritur, an graviores causæ admittendæ, non rectè parentes exæquãtur liberis, quoniam verba taxativa, quæ sunt in *Nov. 115 c. 3.* non extant *cap. 4.* & liberi quibus à natura & magis debetur hæreditas parentum, difficilius ab ea removeri posse debent: quamvis replicari possis, quò gravius peccant liberi offendendo parentes, eo facilius pares aut maiores causas esse admittendas: & cum idem ius appareat utrobique statuere voluisse Iustinianum, clausulæ *c. 3. ad c. 4.* erunt fortassis repetendæ

LIT. C.

Opinio quam hic improbat Tr. & quæ maiores vel æquales causas admittit, communis est, teste *Ias. in auth non licet, C. de lib præt. num. 6.* (ubi tamen refert Alexand. cõtrarium statuentem) &, ut ego quidem existimo omnino recipienda: licet nec menti, utique non verbis Justin conveniat *in d Nov. 115 c 3.* qui cum duplex vitiũ antiquæ Iurisprudentiæ corrigere se velle profiteatur; quod olim & admittebantur iniustæ, & omittebantur iustæ exhæredationis causæ, siquidem alię admittuntur, posterius vitium sublatum non est: frivolum enim est, quod de certis quibusdam LL. quidam comminiscuntur, cùm præsertim causæ exhæredationis olim essent in arbitrio & cognitione centum virorũ positæ. Verùm quæcunque etiam fuit mens Iustiniani, ut maiores & similes causas admittamus summa ratio suadet: neque odiosum, sed iustum & favorabile habendum est, ingratum filium ab hæreditate paterna excludi. id vero odiosissimum esset, patrem cogi, ut impio & indigno filio bona sua relinquat Scio equidem esse,

esse, & ex horum numero citatum Connan. qui distinguant inter delicta, an recta in alios an Rempubl committantur. velut, veneficium, rebellio, proditio patriæ, quæ pro exemplis graviorum causarum refert *Iason in d. auth. non licet. C de lib prater.* an verò immediatè ipsum parentem respiciant, cuius generis peccata Iustin. recensere propositum fuisse existimat Connan. non verò ea, quorum convicti non hæreditate, sed vita privantur: quam etiam olim sententiam fuisse *Martini Laudens. d. loc. refert. Iason.* Verum admissa hac opinione, nihilominus istos errare existimo, quod omnes omninò causas, quæ patrem concernere possunt, *in dict. Nov.* 115. enumeratas esse, nec plures dari posse opinantur: quippe cum facta singularia, quodammodo sint infinita: vt proinde temerarius videatur fuisse Tribonianus, siquidem omnes ingratitudinis causas, quandocunque emersuras, enumerare se posse, sibi persuasit: & prudentius feudista, semper naturam ait deproperare novas edere causas. Illi autem planè nō audiendi, qui sub secundam causam casus singulares referre volunt: & illa secunda omninò de iniuria verbali accipiē-da est: quod aliàs causa generalis præmittenda, & causam primam de iniuria reali, quæ vtique gravis est, & tertiam exprimere nihil necesse fuisset. Neque dubium esse potest, quin Iustin. causas speciales tradere propositū fuerit: cæteroquin ineptè alias causas admitti prohibuisset: quin generalitate ista admissa tota ista disputatio, an similes vel graviores exhæredationis causæ sint admittendæ, ieiuna planè & inanis futura est.

THESIS IX.

LIT. A.

Quia filius voluit.] Vera hæc sententia est, non excludi propterea filiū à querela inofficiosi: & rationes Accurs cit. loc. militant in casu, quo filius post mortē patris consensum accommodavit: Vivo autē patre voluntas illa effectu caret, cum eo tempore nullum ad hæreditatem patris ius habeat: qua de causa constat, hæredē scriptum vivo testatore frustra de Falcidia pacisci: cū etiam huiusmodi voluntas admissa implicaret renuntiationem hæreditatis, jure invalidam: quæ rectior ratio videtur, quam qua Tr. vtitur, quod voluntas illa adversetur dispositioni legis: quæ quidem ita nudè accepta, principium petit, & aliam porrò rationem desiderat.

LIT. B.

Quod se exhæredem scripsit.] Hoc quoque verū puto contra *Gloss. in cit. l. 8. de bon. poss. cont. tabb. & Ias post Dd. in auth. non licet, C. de liber prat* Neque obstat *dict. l. 8. §. 6.* quia nocet illa adscriptio, vt excludatur à bonorum poss. contra tabb. de qua ibi agitur, & vt testamentum valeat quod aliàs esset nullum, non autem ut excludatur à querela.

LIT. C.

Distinguendæ hic sunt quæstiones, an v. e. furor aut pœnitentia exhæredationem factā prævetterit, an sequuta sit. Equidem quod exhæredatio facta furore superveniente non tollatur, magis affirmat Iason. cui eod. teste, contrarius est Batt. vterq; adeò male à Tr lit. D. allegatus.

Non per nudam reconciliationem.] Rationem addit, quod si exhæredatio extincta esset, filius maneret præteritus, & testamentum nullum. Et tamen in hoc nihil video absurdi, & favorabiliter testamentum nullum dicere præstat. quā filium, cum quo pater recōciliatus est, cum nota ab hæreditate excludere. Et cum plerisque casibus eadem sit vis taciti quæ expressi, pater reconciliatus iniuriam remisisse videtur. Sed & iudicium hic Tr. desidero, qui non animadvertit, idem hoc, quod pro absurdo habet, eventurū in casu remissionis expressæ, qua tamen causas exhæredationis tolli ipse affirmat. Sed nimirum hoc absurdum quoque facilimè removetur, si dixerimus, sive remissione expressa, sive tacita, videlicet reconciliatione, exhæredationis causam non ita tolli, vt habeatur pro non facta, & testamentum annulletur, sed ut inhibeatur effectus, & filio querela agenti, si ingratitudo obijciatur ope replicationis, quod ingratitudo remissa sit, succurratur.

LIT. D.

Neque placet conciliatio.] Eadem distinctio est apud *Covarr in cap Rainucius de Testam. n.* 27. sed tamen in casu *seq. lit E de pœnitentia, qua lit. pro diss* Covarruvias citatur, sed non satis bona fide: siquidem *Covarr. ibi nu.* 27. disertè scribit, quod pœnitentia tantum operetur remissionem delicti in foro animæ, non autem tollat exterioris iudicii pœnam. Distinctio autem illa rectè explicata defendi posse videtur: v. c si filius arenarius, obliquè, si manus inferat patri, directè offendit patrem: hoc casu nihil, sed illa aliquid pœnitentia operabitur, ita ut si filius relicto illo vitæ statu alium elegerit, contra allegatam ingratitudinem, replicatione mutatæ vitæ se defendere possit: quandoquidem etiam hæc non in finibus nudæ & simplicis pœnitentiæ subsi-

ſtit, ſed rem in integrũ reponit: facit, quod qui arenarius fuit, ſi tempore teſtamenti cõditi amplius nõ ſit, nõ rectè exhęredabitur *arg. Nov 115. c. 3. § 10 Ibi ſi arenarius permãſerit*: quomodo crediderim, hæreticũ, qui reverſus eſt ad fidem, ad hæreditatẽ patris admittendũ eſſe. Et ita ſc. accipienda erit cõmunis Dd. ſentẽtia, de qua atteſtatur *Iaſ. in d. auth. non licet. C. de lib. præt. num. 2.*

THESIS. X.

Lit. A.

Et quia.] Redditiuum *ideo* & quæ illud ſequuntur, ad ea quæ initio lit. A, B & C. proponuntur non rectè referuntur.

Nominatim.] Iure veteri inter gradum & ſexum differentia hic erat: quæ propoſita & ſublata à *Iuſtin. tit. I. de exhær. lib.*

Lit D.

Et quidem cauſa oppoſita] Contradicit ei quod tradidit *th. in fin.* etiamſi nulla cauſa ſit adiecta, teſtamentum tamen, validum & querela impugnandum eſſe.

Lit. E.

Admittendi non ſunt.] Diximus de hoc ad th. 1. & diſtinctionem ibi traditam huc repetimus.

Lit. F.

Sed filius præteritus.] Præteritus ſcil. eſt, qui neque exhæredatus eſt, neque inſtitutus, *in pr. I. de exhær. lib gl in l. 5 § 1. h. t.* Neque ſi pater v c. dicat, ſimpliciter, filius violentas mihi manus intulit, protinus exhæredatus cenſeri debet, cum & ſub tali demonſtratione filius inſtitui poſſit *l. 48. § 1. de hæred inſtit.* & in exhæredatione non quidem ſolemnibus, ſed tamen verbis opus eſt *l. 3. C de lib præt.* & exhæredationes adjuvandæ non ſunt *l. 19. de lib. & poſth* Planè ſi pater dixerit, filium prætereo, quia ingratus, pro exhæredato eum habendum non dubitem, *argum. d. l 3. Cod. de liber præt.* Cæterum illo caſu, quo pro præterito habetur filius rectè negat Treutler, eum, licet probata ſit cauſa, excludi: procul enim illorum ſententiæ mittendus nuntius eſt, qui etiam ab inteſtato ingratitudinem filio obijci poſſe exiſtimant: omninò abſurdè, cùm etiam exhæredato filio citra expreſſionem cauſę, Iuſtin. quæſtionem ingrati moveri nolit *l. 30. C. h. t.*

Nam neque tunc.] Hæc tranſpoſita ſunt, & ad lit. E. pertinent, ad confirmandum, quod cauſa probata, nõ excludatur filius præteritus: quamvis quod de cauſa inſerta dicitur ad lit. F referẽdum ſit, ſed inſubtilem planè & nullam eius cõtinet probationem: ſiquidem vbi filius præteritus eſt, vitiũ non pendet à cauſa, vt adeò ea probata fruſtra de convaleſcentia teſtamenti diſputetur: ſeu tum vbi exhæredationi filii cauſa adjecta non eſt. quia tum videri poſſit, ſi cauſa ab hærede poſt probetur, perinde habendum, ac ſi ab initio teſtamento fuiſſet inſerta.

Lit. G.

Etſi adiecta clauſula codicillaris.] De tribus præcipuè circa hoc quæri poteſt: de teſtamento reſciſſo ut inofficioſo, de teſtamento nullo, & per agnationem rupto. In priori, quod præcipuè huius loci malè omiſſum eſt à Treutler ea ratione iuris antiqui certum eſt, clauſulam codicillarem fruſtra eſſe, quod voluntas à furioſo condita fingitur *l. 13. h. t.* cuius nec codicilli valere poſſunt *d. l. 13 & l 36. de legat. 3.* Et ego ſecundũ eos, qui, vt ſupr. notatum, hodie id ſublatum putant, aliud fortè ſtatuendum, cum *Bart. in l. 13 h. t.* In altero ſententiam ſuam obſcure proponit Tr. dum ait, non excludi filium, etiamſi ſit adjecta clauſula codicillaris Atquin teſtamento nullo poſito, quin filius ab inteſtato ſuccedat, dubitari non poteſt. Sed illud quærendum eſt: An filius ab inteſtato admiſſus vi illius clauſulæ fideicommiſſo, tanquam codicillis relicto obſtringatur. Quod quidem negari à Treut. cum adductis à *Clar. quæſt 46. & Fachineo 4. controv.* 11. ex ratione ſubiecta apparet, quod clauſula illa magis ex conſuetudine Notariorum apponatur. Et hæc tamen ratio non concludit, quia hic quæritur de jure & effectu illius clauſulæ, quam a teſtatore vel illius voluntate adiectam in dubio præſumimus: cum etiam non neceſſario neque ſemper à Notarijs teſtamenta ſcribuntur. Ego contra Treut. & Fach. cum communi ſentio, ex hac certa ratione, quod clauſula codicillaris hoc operatur vt defunctus ab inteſtato cum codicillis deceſſiſſe intelligatur: quo caſu vtique filium gravari potuiſſe fideicommiſsò nemo ambigit: vt proinde inepta ſit quorundam obiectio, [illegible] filius non habeat legitimam titulo inſtitutionis: de quo patrefamil inteſtato mortuo fruſtra diſputatur. Probat hanc ſententiam tum generalis textus *in § . 2 9. § . 1 de teſtan.* (atquin exceptio probari non poteſt) tum magis expreſſus *in l. vlt. §. 1. C. de codicill.* quo probatur, teſtamentum etiam ob defectum ſolemnitatis nullum, puta ſi rogatio omiſſa, vel tãtum quinque aut ſex teſtes adhibiti ſunt, virtute huius clauſulæ ſuſtineri: quomodo quidem vulgò Dd. loquuntur, licet paulò inſubtilius; ſed affectum rei reſpiciunt, & hoc intelligunt, quod per clauſulam

sulam illam censeatur hæres rogatus ab intestato, restituere hæreditatẽ per fideicommissum: vt disertè hoc explicat *Clar. in §. testam. q. 46. in princ.* & proinde non erat, quod tantoperè hic & nudis dentibus irrideret Doctores superciliosus ille, & iniquissimus Dd. interpretum, & tamen sine suffragiis censor. *Ant. Fab decad. 20 err. 5* Et igitur cõcludo, vt clausulæ obligari filium fideicommisso: nisi ea sola consuetudine notarii adiecta probetur. Tertia quæstio de testamento per agnationem posthumi rupto, magis dubia est, teste *Clar. d. q. 46.* Vbi cum Bart & Clar. qui eam opinionem & veriorem & æquiorem, & hodiè vtriq; communem magis esse ait, distinguendum puto, an posthumus scienter an ignoranter sit præteritus, vt scil. hoc posteriori casu fideicommisso non teneatur. 1 Quia codicillis ad filium scriptis posthumus postea natus partem fideicommissi non præstat: quòd nihil tum de posthumis testator speravisset *l. is qui vi-vum 19. de iure codicil.* idemque de filia post mortem patris nata ex eadem ratione respondetur *in l. qui gravi. 10 eod tit.* cui non obsta: *d. l. 19 in fin.* quia specialis est ratio & favor libertatem *l. cum pater 77. §. 29. de leg. 2.* Deinde quoniam, si defunctus reliquit fideicommissa à consobrina, ea tantum pro parte præstantur, si consobrinam tantùm successuram existimavit *d. l. 77. §. 29.* Si igitur ille qui partem aufert, in partem intercidere fideicommissa facit, si tempore codicillorum scriptorum de eo non fuit cogitatum: etiam posthumo nato post testamentum cõditum solidum auferente, quem in vtero esse ignoravit testator, nulla omninò fideicommissa præstabuntur, neque dubitabimus hoc casu posito idẽ dicere, (ex quo præcipuum Fabri corruit fundamẽtum) etiãsi omnino ab intestato, qui gravi vtero vxorem esse ignorabat, scriptis codicillis decesserit: cùm & textus supra adducti de hac specie loquantur. Sed obiicit *Ant. Fab. decad. 20. error. 7.* multum interesse, an defunctus ad certam personam, an indefinitè scripserit codicillos? Resp. codicillis simpliciter relictis comprehensas intelligi quidem eas personas, quæ ab intestato sunt successuræ, non tamen eas quas testator nullo modo successuras, imò ne quidem in rerum natura esse putavit futuras. Et quidem favorabiliter pro posthumo dicamus, patrem, qui eum in vtero esse ignorans, fideicõmissa relinquit, non omninò incertas personas gravasse videri, sed quas à Lege proximis agnatis hæreditatem adjudicante, satis sciebat expressas. Illud constat, quod sub his nullo modo comprehensum voluerit posthumum, quẽ nasciturum ignorabat, & si scivisset, verosimiliter fideicommisso gravaturus non fuisset *arg. l. cum avus. 102. de condit. & demonst.* Accedit quod eius generis coniecturæ præcipuè locum habent in materia fideicõmissorum, in quibus dominatur defuncti voluntas, cõtra quam fecerit, qui posthumum, proculdubio dilectissimum testatori fideicommisso hic obstringat: cuiusmodi coniecturis etiam in aliis casibus locus est *l. 3. C. h. t. l. cum mater. 28. ff. eod.* vt adeò vel maximè posthumum stricto iure obligatum, defendere debeamus exceptione doli, qua excluditur omnis, qui contra præsumptam etiam testatoris voluntatem petit *l. 13. inf. & l. 15 de adim. legat. l. 4. §. 10. de dol. except. l. 36. §. 3 de milit. testam. l. 28. de mort. caus. donation. arg. l. 19 §. 3. de R. I.* Enimverò in contrar Ant. Fab rationem legum supra citatarum *l. 11. & 19 de iur. codicil. l. 77. de legat. 2.* in eo positam existimans, quod ad certam personã codicillos scripserit testator, quippe quam magis ita onerare voluisse videri possit: cum tamen hæc vera ratio sit, quod de persona concurrente nec speravit nec cogitavit testator. His cõsequens est, cum opinio hæc in præsumpta testatoris voluntate fundetur, si posthumo post testamentũ nato, pater supervivens, illud cum posset, non mutaverit, vt posthumum fideicommisso teneri dicamus: quod hic nihil aut parum ab eo differre dicatur, qui sciens præteritus fuit: quam etiã multorum sententiam refert *Clar. d. q. 46.* à qua male recedit *Fachin. 4. contr. 13.* frustra adducta *l. 13. D. h. t.* vbi ex causa inofficiosi testamentum tanquam a furioso conditum rescinditur: & falsum illud ut Fachin. ait, eum qui posthumum præteriit, haberi pro demente: quo etiam admisso sequeretur contra ipsius Fachin. mentem *d. libr. 4. c. 12.* nec scienter præteritum posthumum fideicommissum debere: in quo tamen sibi parum convenit, quia eiusdem libri cap. 11. in genere negat clausulæ codicillaris effectum, ad casum filii à patre præteriti pertinere.

THESIS XI.

LIT. A.

Si relicta sit legitima]Hoc quidẽ in recta linea liquidum est, sed in transversali à Dd cõtroversum Barr *in l. 27 C. h. tit.* fratri præterito etiamsi totam legitimam habeat, Salic. ibid si totã non habeat, querelam non actionem ad supplementum dat. Sunt & qui simpliciter fratri præterito etiamsi plus legitima acceperit, querelam con-

cedunt, quorum meminit Ias *in d. l. 27. col. 2 & 4.* Alii regulam sequuntur, quod sive legitima tota sive pars relicta sit, querela non habeat locum. Quæ videtur sententia *Bald in d. l. 27 C. h. t.* eamque probat *Tessarus decis 128* vbi plures allegat. & text. generalem *in l. omnimodo 30 C. h. t.* fac. quod, vt Bald. cit. loc ait, etiamsi pater turpem instituisset personam, filius tamen accepta legitima vel parte, testamentum impugnare non posset: & quod parentibus & liberis negatum est, fratribus concedi non debet: & quantum hic movere potest odium hæredis instituti, in quo solo diss. opinio fundatur, tantum ibi ponderis habere debet, favor parentum & liberorum.

LIT. B.

Portio eius quod ab intestato.] Ieiuna videtur hæc quæstio, an legitima sit portio eius, quod ab intestato debetur, an totius substantiæ: quoniam hæc nonnisi partesam. mortuo debetur. Et Salic. annotato loco illud non negat, sed inter alia, hoc quoque argumento, contra eos, qui filiam à successione intestati exclusam, legitimam petere posse negabant, vtitur, quod legitima simpliciter ex substantia patris debeatur, quomodo ipse loquitur *Iustin in Nov. 18. c. 1.* Cæterum expedita distinctio est: quod aut quæritur de omnibus qui succedere debent, coniunctim, aut quibusdam eorum: illo modo legitima portio totius, hoc portio portionis, adeoque ubi unus succedit semper port o totius est.

In legitima matris.] Ex præmissis facilis videtur decisio huius quæstionis, quæ, vt rectè *Fachin. 4. cont. 29.* formanda est de casu successionis testamentariæ, vbi mater instituta est: & nimirum aut fratres ius succedendi cum matre sive initio habent, sive per querelam consequuntur, aut non habent: illo casu legitima matris est tertia tertiæ, hoc tertia totius: siquidem constat unam legitimam, sive unam quartam, in omnibus etiamsi multi fuissent, iure antiquo positam fuisse de quo *v. etiam Salic. in Auth. novissima, C. h. t n. 8.*

Aut fratres sunt præteriti.] Intellige, nisi turpis persona sit instituta: quia aliàs querelam haberent, & everso testamento cum matre concurrerent.

Aut certum illis legatum relictum.] Non satis capio, quò hæc verba pertineant, siquidem fratrē simpliciter nullo etiam dato legato præterire licet. Neque possis ea referre ad casū turpis personæ institutæ, quò videl. iuxta notata lit. A, agant ad supplementum: siquidem hoc casu concurrent cum matre, cuius adeo legitima tertia totius esse non poterit.

Quam tamen legata minuunt] Hoc quidem regulæ contrarium est, iuxta quam non minuunt legata legitimam, sed illa per hanc minuuntur: neque exceptionem non fundatam textibus admittemus.

LIT. C.

In linea recta iure naturæ.] Non satis subtiliter vulgo dicitur, legitimā deberi iure naturæ. Rectius ita, quod cū tota hæreditas liberis iure naturæ & gentiū debeatur *l. 7 in pr. de bon. damnat. l. 7 in fin. unde liberi.* (in quo labitur *Ant. Fab decad 15. error 3.* successionē ab intestato quoque planè ad jus civile referēs) iuri illi hac in re per ius civile hactenus esse derogatum, vt parētes liberè de bonis suis disponere possint, excepta saltē, ne ius civile in totū à naturali recedere videretur, aliqua portione, quæ respectu definitionis & quantitatis nō male dicitur esse iuris civilis: nō obstante, quod iure civili inductum, eodē tolli possit: vel quia ratione quantitatis hoc verum est, vel quia eo ipso, dum legitimam hāc determinavit ius civile, à iure naturali recessit, neq; ius civile hanc portionem liberis antea nihil habentibus assignavit, sed ex toto partem decidit. Et hoc respectu dici poterit legitima iure naturæ debita: vel quia totum eo iure debetur. vel quia de parte facultatem disponendi parentibus relinquere, & ipsum iuri naturæ vel gentium potius non est inconveniens.

Verum non sequitur.] Dd. sententia hic improbata Trent. probabilis videtur, non ead ratione bona liberorum parentibus, & horum illis deberi: si fides habenda *ICto in l. 7. in fin. unde liberi.* vbi oppositio arguit, natura parentibus bona liberorum non deberi: & quicquid etiam videatur Tr. concludens ratio est ex *l. 15. D. h tit.* quod ubi turbatur ordo naturæ, non succedatur iure naturæ: quo facit quod ex constitutione *Iustin. in l. 13. C. de legitim heredib.* cuius iuris etiam *in Instit quib. non est permiss facer. test* mentio. fratres fratribus excluso patre succedebant: & ex ratione iuris antiqui patres fere non nisi iure patronorum aut peculii bona liberorum consequebantur: licet facilè admittam, quòd etiam ex ratione iurisgent patres ratione proximæ coniunctionis, ad successionem liberorum vocētur. Facit, quod instinctu quodam naturæ liberos sibi optant superstites, omnia liberis & liberorū causa parant, qui ideò vivo etiam patre

quasi

quasi domini bonorum videntur *l. 11. d. lib. & posthum.* quæ vice versa de parentibus dici non possunt. Vnde illud Senecæ d. consolat. ad Marciam ca. 10 omnes nostros, & quos nobis superstites nascendi lege optamus: & insignis locus apud Tacitum 16. annal. vbi de socru genero & filia, tyranni iussu sectis venis mortem sibi inferentibus singulos, ait precatos animæ suæ celerem exitum & relinquerent suos superstites, AT MORITVROS: & hinc illud Eumenij in gratiarum actione ad Constantin. Omnes conuolarunt, vt viderent, quem libenter sibi superstitem optarent: & illud Plutarchi d. consolat. ad Apollon καὶ οὐδεὶς ὅπ ἐκείνου τελευτήσομένου χηδαὶ θῆναι μεταλλάξαντα τὸν βίον. τοῦτο γὰρ εἶναι κατὰ φύσιν τὴν ἡμετέραν δηλονότι καὶ τὴν ἀνθρωπίνην. Illud quoque admitto, ex iure gentium, magis parentibus quàm fratribus bona liberorum deberi: & propter arctiorem coniunctionem, & propter summa beneficia, quæ liberi à parentibus acceperunt, eoque pertinet, quod ICtus ait *in l. 15. h. t.* parentibus piè relinquendum esse: qua de causa etiam indistinctè parentibus præteritis querela datur.

In transuersali.] Non puto hoc probandum, quod fratribus ex mera dispositione iuris ciuilis successio debeatur: sed cognatos etiam ex iure gentium ad successionem vocati putamus. Illud tamen facilè admitto, quod non ex speciali aliqua ratione iuris naturæ fratres vocentur; ideoque iuri ciuili in moderanda hac successione plus esse permissum, etiamsi usque ad fratres omnino successione excludendos.

LIT. D.

Sic legitima filiarum in bonis feudalibus.] Affert hoc pro exemplo, legitimæ iure naturæ debitæ, statuto minutæ. Haud scio an satis cautè: siquidem bonorum feudalium diuersa ratio, & in ijs ita ius constitutum, vt omnino filiæ à successione sint exclusæ: vt proinde contra regulam in thesi à Tr. propositam, nihil ex feudis siue ipsis, siue eorum æstimatione, nec legitima quidem fœminis debeatur, etiamsi feudum hæreditariũ aut emptum proponatur: quæ sententia hac ratione firmatur. Quod non est conferendum ex eo quoque nil alijs debetur, sed id præcipuum retinetur. Atqui feudum hæreditarium vel emptum non venit in collationem. E &c Adsumtio probatur 1. quia in his feudis fœminæ vel planè non, vel extantibus vtrique masculis non succedunt: quod de feudo empto probat post plurimos *Vult. 1. de feud 9 num. 44.* de hæreditario *text. 1. feud 6. & 8. §. filia. & 2. feud. 17. vers. non enim. Vult. 1 feud 8. n. 26 Pistor. p. 2. q 35 n. 10 Zas. de feud. p. 8 n. 44 in fin. Borch de feud. c. 7. n 66. Rol. à. Vall. 84. cons. vol 4. n 14. Osasc decis. 23 n. 5 Knich. de vestit. pact c. 4. num. 51 & c. 5. n 9. & seqq.* Ratio connexi est, quod collatio rem effectu facit hæreditariam *Azo in summ. C. de collat.* nec tantum rei ipsius, sed etiam æstimationis præstatione collatio fit *Dec. in l. 13. C. de collat* ita vt quibus æstimatio confertur, conferri ipsa res, & in ea succedere videantur: quibus adeò ius succedendi non est, ijs nec conferendum est *Pist part. 2. q 38. n. 21 & seqq.* 2. Quæ ratio est filiæ in solidum exclusæ, quoad collationem absolutè, eadem illius est exclusæ à successione rei alicuius, quoad istius rei collationem: Quia quod iuris est in toto quo ad totum, &c quomodo hoc inducit *Pist. d. q. 38. numer. 21. in fin.* atqui filiæ statuto a successione in solitum exclusæ nihil conferendum esse constat. Ergo, &c. 3. Quæ ratio est eorum, quæ iure maioratus primogenito soli competunt, ad fratres reliquos, eadem est eorum, quæ masculis tantum debentur, ad fœminas. Atqui illa fratribus reliquis non cõferuntur, nec ex ijs legitima debetur *Pist d. q 38. n. 19 Tiraq. de iur. primogen. q. 51. in fin.* Ergo, &c. 4. In terminis scribit *Schrad. de feud part 7. c 5. n. 51.* feudi nouiter empti æstimationem fœminis conferendum non esse, quia in ea non succedãt: & quod ex feudis hæreditarijs nec quoad æstimationem legitima filiabus debeatur, tradit latè *Pist. d p. 2. q. 38. n. 20. & 26 Schrad. de feud p. 7. c. 5. n. 46. Vult. c. 9. n. 58.* siquidem negato iure succedendi negatur ius legitimæ *Pist. d. loco n. 15 Tiraq d. iur primogen q. 55. n.* vnde ex eo quod primogenitus præcipuum capit, nec legitima fratribus debetur, *Tiraq. d tract q. 5. Pist d q. 38. n. 34.* Et cum igitur in feudo empto fœminæ non succedant, sequitur contra Treutl. nec legitimam jis deberi Neq; obstat, quod feudum emptum sit improprium, per latè notata *à Vult. lib. 1. feud c. 8. n. 44* quoniam inde ex eo legitimam deberi non infertur, quoniam feudum in vno alteratum, non alteratur in alio, sed regulatur secundum ius feudorum *Vult. d. c. 8. nu. vlt. Clar. §. feudum. q. 16. n. 2.* & in terminis feudum emptum, excepto eo, quod gratuitum non sit, in alijs omnibus proprium censeri, tradit *Fich. part. 1. cons 10. n 3. Zas. d feud. p. 11. conclus. 2.* eamque communem testatur sententiam *Rosenthal 2. conclus. 61. num. 1.* & quod ijsdem modis admit-

tatur c.10. conclus. 33. nu. 92. Hanc autem quæst. repetit. Tr. th. vlt. in fin.

THESIS XII.

LIT. A.

An legitima solo institutionis titulo, &c.] Communissimè hoc affirmatur à Doctoribus *in auth. nouiss. C. h. t. per Nou. 115 c. 3. in pr.* per quam derogatum est iuri veteri, quod ab ipso Iustiniano in Instit. traditum & repetitū est. *Nou. 18 c. 1.* (Neque enim nouum Iustiniano, Proprijs sanctionibus identidem derogare.) Scilicet iure veteri filius etiam optimus quocunque titulo relicta legitima exhæredari poterat: quam iniuriam Iustinianus tollere voluit, vt ipse profitetur *d. Nou. 115. c. 5. in princ.* Et tamen non totam legitimam necessum est titulo Institutionis relinquere, sed quamcunque partem, ita vt residuum actione ad supplementum petatur, vel quocunque titulo relictum in legitimam imputetur: quin imò etiam in re singulari, in paucis etiam thaleris filium institutum esse, sufficere existimant Dd. quos refert & sequitur *Ias. in d. Auth. nouiss. C. h. t. n. 15.* quin nec desunt, qui nudum titulum institutionis citra vllam rem sufficere putant, si modò filius aliunde, singulari etiam titulo legitimam consequatur. Quibus sane opinionibus causam præbuit Iustin. *in d. Nou. 115. c. 5. in princ.* vbi ait subsistere testamentum, modò filius hæres sit nominatus, & certis rebus contentus esse iussus: solam enim esse intentionem eius, exhæredationis iniuriam auferre: vt ita sola & nuda & nominalis institutio sufficere videatur. Et vix est, vt verba illa Iustiniani alium intellectum admittant, licet à ratione iuris hoc sit alienum, & filius ita nomine tenus institutus re vera non hæres, sed legatarius sit, ex ipsius Iustin. constitutione *in l. quoties 13 C. de hæred. inst. iuncto §. si quis 9 Inst. d. fideic. hæred.* vbi talis institutus pro legatario habetur, & nullas actiones hæreditarias aut exercet aut excipit. Nec multū interesse videtur, an quis nomine ten⁹ legato relicto institutus, an in re certa institutus, an institutus rebus certis contentus esse iussus sit, *quia omnes hi reuera legatarij sunt*, quod magis apparet ex collatione *d. l. 13. C. de hæred. instit. & §. sed & si 3. Inst. quib. mod. test am. infirm.* neque alia de causa institutioni hæredis mentio rei certæ detrahitur *l. 1. §. 4. l. 9. §. si duo 13. l. 10. de hæred. instit.* quam quod rei certæ mentio cum qualitate hæreditaria nullo modo consistere potest, *de quo infr. disp. 11.* Quæ omnia cū in filio ex mente Iust. sufficiant, vana illa sunt, quæ de titulo institutionis honorifico iactantur, & in nudis verbis subsistunt, cum ille, qui iuris vniuersi successor nō est, hæres reuera esse non possit. Enim verò ex vera ratione iuris ita constitutum oportebat, vt filius in parte aliqua hæreditatis, vel minima, vel vtique in legitima, quæ pro triente vel semisse rectè accipietur, hæres institueretur. Cōsequenter dici potest, etiam hodie legitimam re ipsa titulo particulari rectè relinqui, modo ne exhæredetur filius, sed quamuis nudè hæres nūcupetur. Proinde etiam probanda erit Dd. post Bart sententia, relata & probata ad Ias. *in d. l. quoties C de hæred. instit. n. 4.* quod institutus in re certa mixtam & mediam obtineat naturam inter hæredem verum & legatarium, ita vt & ei accrescat, & rem illam autoritate propria occupare possit: vt ita effectus aliquis nudæ illius institutionis Iustinianeæ esse posit Ex quibus etiā hoc efficitur, improbandam esse omnino distinctionem Tr hac lit. A. in qua committitur fallacia diuersæ quæstionis: quia ut supra dictū, hoc quæritur, an ad validitatem testamenti sufficiat filio quomodocunque exhæredato legitimam particulari titulo reliquisse: quod omninò negandum est: atquin altera pars distinctionis Tr. quod causa inserta & probata necesse non sit legitimam titulo institutionis relictam esse, est de indubitabili, & hoc casu nec quidem nūmum relinquere necesse sit.

LIT. B.

Debetur sine vllo grauamine.] Expeditum hoc esse ait Tr. scil. *per l. 30 32 & 16 C. h. t.* Sed obstare videtur, quod ipse lit C. & th 16. legitimam esse ait quotam hæreditatis Equidem Tr in exegesi de opere fideicommissi loquitur, attamen nimis generaliter in th. sine omni grauamine esse dicit: & cum in hæreditate contineantur iura commoda & incommoda, & in hæredem vtpote repræsentantem personam defuncti omnes actiones hæreditariæ dentur, quota hæreditatis sine onere dici non potest. Neq; obstat, quod legitima deberi dicitur deducto ære alieno: quia hoc non ad actualem & realem deductionem pertinet, sed ad subductionem rationum & computationem, quantum sit in legitima, quomodo etiam Falcidia & Trebellianica deducto ære alieno deberi dicuntur, quas tamē vix quisquam sine onere esse dicit, licet & illæ fideicōmisso grauari non possint. Cæterum textus citati ex tit. Cod. hic ad casum filij exhæredati pertinent, quomodo eos acceptos fuisse ab omnibus antiquis vsque ad *Bart.* testatur *Ias. in l. 4. C. de inst. substit. n. 19.* Quoniam enim illo adhuc iure

iure ita obtinebat, vt filius exhæredatus modo legitimam quocunque titulo haberet. querela agere non posset, ideo Iustin. legitimam illam, quàm aliàs portionem natura debitam vocare solet, filio ita exhæredato: sine vllo onere & dilatione voluit repræsentari. Ex quo intelligitur, errare etiam vulgo Dd. qui causalem conditionem institutioni filij adiectam, per illos textus putant esse detrahendam, de quo agitur infra *p. 2. disp. 11. th. 3. lit. D.*

Non procedat doctrina Cipollæ] Ratio est, quod ita reuera differretur præstatio legitimæ, quæ non nudam proprietatem, sed plenam & ipsum ius vtendi desiderat. Accedat quod Iustin. expressè constituit *Nou. 18. cap. 3* in his ipsis terminis, vt filius legitimam pleno iure habeat. Cæterùm hæc ratio instituendi filio alias bona habenti vtilis esse posit, si vsufructuarium paulò post mortem obire contingat. LIT. C.

Non bonorum sed hæreditatis quota.] Effectus est magni momenti, quia qui habet tãtum quotam bonorum, instar legatarij, qui quotam hæreditatis, hæres est. Et verò assertio ista Tr. cautione, explicatione & distinctione eget. Expedita videtur ratio, vt inter filium exhæredatum & institutum distinguatur: quia fieri nequit, quo minus ea pars, quam tanquam hæres institutionis titulo habeo, si pars hæreditatis: sicut ex aduerso, quarta, quæ olim exhæredato titulo particulari præstabatur, fine dubio fuit quarta bonorum. Eoque scil. respexisse videntur Dd. dum communius legitimam partem hæreditatis statuit; quod videlicet ex cõmunissima sententiam legitima hodie titulo institutionis sit relinquenda, (quamuis Salicetus simpliciter dicat esse quotam bonorum *in l. scimus 30. in fin. h. t.* ex inepta ratiõe, quid debeatur deducto ære alieno) Hæc quidem ratio iuris dictat: verum iuxta paulò ante disputata ex *Nou 115. c. 3* statuendum omninò videtur, quod etiam in casu filij instituti legitima sit quota bonorum: si videlicet filius nomine tenus institutus certis rebus contentus esse iussus sit: quoniam hic filius, siue illæ res legitimam conficiant siue non, reuera hæredis loco esse nequit. Planè si filius in ipsa legitima, vel in quota aliqua hæreditatis instituatur, tum demum verus hæres, & legitima quota hæreditatis erit.

Agetur ad supplementum] Hoc ita ex iure nouo, sed iure veteri querelæ locus erat, etiamsi quis in minori parte fuisset institutus.

Petitione hæreditatis.] Dependet hoc à præmissis scil. si filius in parte hæreditatis vel minima, velut vnica vel sextante institutus sit, hac actione rectè ad supplementum aget, petendo se declarari hæredem pro triente. Verum sit reuera nõ hæres, sed nomine tenus institutus, re ipsa legatarius sit, hoc casu rectiꝰ fortassis defẽdatur sententia Dd. qui conditionem ex l. tribuunt, vel aliorum, quos sequitur *Ant. Fab. dec. 14. err. 8.* qui actionem ex testamento instituendã esse putãt: quod proculdubio testatur legitimam suppleri maluerit, quàm planè iudicia sua rescindi. Neq; adeo hic obstabit, quod pro certo tradit *Iaſ in l. 3. C. h t n 7.* actionem ex testamento nõ dari inter ipsos cohæredes: quoniam hoc casu filius reuera hæres non est, licet aliàs etiam dici possit, filiũ eo respectu, quo supplementum legitimæ petit, instar legatarij esse. Vix enim puto dici posse, filium isto casu quo ad hunc effectum pro hærede haberi posse, cum vt paulò ante dictum, hæres in re certa institutus mixtæ naturæ sit: etenim repugnat huius actiõis, qua hæreditas petitur, natura, neq; possit petere se declarari hæredẽ, qui nullis actionibus hæreditarijs vtatur aut inueniatur. Et hanc sententiã quod actio ex testamẽto detur vel condictio ex L. magis probat *Sal. in l. si quis 34. in fin. & l. scimus 30. in fin. C. h. t.* vbi etiã refert quorundam distinctionem, an testator legitimam suppleri vetuerit, nec ne, vt illic conditione ex L. hic ex testamẽto agatur. Simplicius fortassis dicemus, officio iudicis vel arbitri familiæ erciscundæ, quod legitimæ deest supplẽdum esse, vt quoad saltem filius instar hæredis habeatur, vt ab arbitrio, qui inter cohæredes accipi solet, legitima ipsi suppleatur. LIT. C.

Non quinquennio.] *v. Salic. in l. si quis 34. n. 8. C. h. t.* vbi refutat Br. & reddit rationem differentiæ quod querela exhæredato ad rescindẽdum, actio ad supplementum hodie instituto, & vtique ad conseruandum testamentum tendens, detur. Planè hoc Iure nouo rectè dicitur, postquam filius omninò instituendus est: cæterum ex ratione iuris anterioris nõ de nihilo videtur eorum ratio, qui actionem ad supplementum quinquennio finiri ideò putant, quodammodo succedat in locum querelæ: quod probatur ex *l. 34 in fin C. h. t.* secundum quam in hoc casu filij exhæredati ipsa quoque actio ad supplementũ, sicut querela, quinquennio circumscripta videtur (quamuis quod de quinquennio dicitur *in fin. d. l.* posit non incommodè ad querelam referri, de cuius transmissione principaliter ibi quæritur.) Quo posito, dubia redditur sententia Anton.

Siue in potestate, &c] Ait dari aduersus testamenta liberorum, siue sint in potestate, siue extra eam, subiecta duplici limitatione. Prima est lit B modo ab intestato fuissent successuri. Quod ex ratione iuris veteris explicandum est, nunc prætorio siue ciuili iure successuri fuissent: quod alias emancipati, quibus querela datur, iure ciuili ab intestato non succedant. Altera est lit C. modo bona liberorum non sint Castrensia vel quasi. Quæ limitatio præcedentem propositionem de liberis in potestate destruit: quod hi de nullis a sis bonis ius testandi habeant: adeoque si contra testamenta super his bonis condita, querela non datur, sequitur contra testamenta liberorum in potestate, non esse locum querelæ. Neque dicere possis, quod Tr. respexerit ad bona aduentitia, in quibus filius plenam habet proprietatem, in quibus ex quorundam sententia filius testari potest: vel quia ea opinio omninò falsa est de qua agitur infra p. 2. disp. 10. vel quia Tr. adducit *l. vlt C. h. t.* ex qua simpliciter negandum est, contra testamenta liberorum in potestate, locum esse querelæ: vt fortassis non sine causa in *l. 14. h. t* mentio fiat filij emancipati.

Interim quoad quasi Castrensia.] Coniungendū hoc est cum præcedentibus, quia continet correctionem *l. vlt. C. h. t.* Etenim *Nou. 115. c. 4.* ad emancipatos restringi non potest, quod hi indistinctè ius testandi habent, Iustin. autem ibi loquitur de bonis, in quibus filij testandi licentiam habent. Sed & amplius, haud scio an quod Tr. tradit, d. N fit ad bona quasi Castrensia restringenda: cum textus sit generalis, & de castrensibus bonis æquè & magis etiam filij restandi licentiam habeant. Et cum vtrisque bonis hoc priuilegium datum sit *l. vlt. C. h. t.* pariter vtriusque *in d. N. 115. c. 4.* erit ademptum. Sūt qui distinguant in castrensi peculio, an testamētum factum sit in expeditione iure militari, an iure communi. Verum ita priuilegium non tam rebus tributum fuerit, quam modo testandi: & si vtrisque bonis, castrensibus & quasi æqualiter illud priuilegium datum fuit, non videatur admittenda eiusmodi distinctio, cui in alterutris videlicet quasi castrensibus non sit locus: nisi omnimodā æqualitatem negare velis, quod in castrensibus concurrat & fauor rerum. & militiæ armatæ, cum rogatæ tantus fauor non sit: & hanc distinctionem sequitur *Vult. ad pr Inst. n. 7* adeò non satis bene a Tr. allegatus: licet communius Dd. indistinctè etiam militem, inofficiosè, vt ipsi loquuntur testari posse negent, & si fecerit, querela impugnari, vel secundum *Nou. 115. c 4* nullū dici posse existimant, *Cyn. & Bald. in l. vlt. C h t Bart in Auth. ex causa, C de liber. prater n. 13* contra quorundam opinionem: qui tantum legitimæ condictionem cōcedebant, quos etiam ex *d. c. 4.* refutat *Salic in Auth presbyteros C. d Episcop. & Cler* Planè, vt hoc addamus, *d. l. vlt. C h t* non obstat *l. 8. §. eod.* quia loquitur de patrefam. in quo rum nomen peculij cesset *d. l. vlt. C. h. t.* cessat etiam priuilegium, & ex accidenti est, quod tantum habeat bona Castrēsia: quæ responsio est *Cyn & Castr in d. l. vlt. & ibi d. Sal n. 3.*

Vbi non est melior] Pertinet hoc ad explicationem *d l vlt. § 1 vers. sed etiam patronus C. h t* Et Tr. negat ibi esse meliorem causam filiorum & parentum, quam patronorum, idque acutè à Cuia. probari ait. Verum nihil apud Cuiac. citato loco acuminis, sed simpliciter istam opinionem propositam video, & improbatam Accursij: & eam tamen forte probabiliorem: siquidem generale est, quod *in d §* ait Iustin. patronum contra testamentum liberti super castrensibus possessionem bonorum accipere non potuisse: cum tamen contra testamentum à veterano milite factum super castrensibus, & à non milite super quasi castrensibus fuerit locus querelæ *per d l. vl. C h. t & l. 8. §. 3 ff. eod* nam quod Cuiacius illum locum de militante liberto accipit, non conuenit generalitati textus. Et sanè rationis est, vt parentum & liberorum potior hac in re, quam patronorum sit causa.

THESIS IV.

LIT. A.

Si turpes personæ.] Videri hoc possit esse ex nona constitutione Constantini *in l. 27. C. h. t.* siquidē textus iuris veteris simpliciter fratribus præteritis querelam concedunt, & citra diuinationē ad istum casum restringi non possunt *L. 1. l 6. in pr & l 8 § 5 h. t. l. 21. C. eod.* Neque obstat *l. 24 h t.* in cuius specie commodissimè fingitur vno fratre præterito alter cum extraneo hærede institutus fuisse. Illud sanè interfuisse ex iure veteri an à fratre liber, vel extraneus nec ne hæres fuerit scriptus, indicium præbet *l. 31 § 1. h t.*

LIT. B.

Turpem personam non accipimus spurium.] In allegatis subijcit, quod imò nec infamia facti laboret. Atquin videri possit plus esse in facti infamia, quam in macula illa, ex qua in hac materia ad effectum admittendi fratres ad querelam, æstimatur turpitudo iuxta *l. 27. C h. t.* Cæterum quod

quod ipsam rem attinet, vix putarim d.l. 27. restringi posse ad notam, quam ipse institutus cōtraxit: levem autem aliquam maculam, cuius mentio in d.l. 27 nō hærere in spurio, vix defendi posse existimaverim, sive de iure divino sive Canonico, sive legibus & moribus aliarum gētium quæratur: secundum quos cum tantū probētur coniunctiones legitimæ, fieri vix potest, quin ex improbato concubitu nata soboles, aliqua labe aspersa videatur: & vel ideo, vt hac quoque ratione à vago concubitu cives abstinere discant, ne dicam quod qui nec gentem, nec familiam, nec omninò patrem habet, pro integra & ut loquuntur, legali persona haberi non posse videatur. de quo etiam agitur *supr. disp. 8. th ult. add. Thessaur. decis. 126.*

LIT. C.

Aliis ultra fratris cognatis.] Generalius hoc verbum accipiendum est, vt etiam agnatos, quorū multi quoque ultra fratres sunt, comprehēdat. Obstat autem *l. 6 in pr h.t.* vbi quod antea & suorum & legitimorum fit mentio, verbū sequens *cognatorum*, ad fratres referri non potest: vt adeo fortassis de matre, vel potius cum Accursio ibid. de nepote ex filio emancipato sit accipiendum: nisi quis existimet speciale esse in posthumo, qui cum oblivione præteritus censeri possit, spem obtinēdi per querelam habere potest, quam alii non habent, vt est *in l. 1. h. t.* Illud rectè *in d. l. 6.* Accursius notat, quod ratio ibi subnexa de jure petendi bonorum possessionem ab intest. minimè sit generalis aut adæquata.

LIT. D.

Vnde non insubtiliter.] Difficiliorem disquisitionem habet, quod hic proponitur, vbi fratres præteriti testamētum querela resciderunt, fratrum liberos cum iis non succedere, quibus sc. querela non datur *l. 1. h. t.* Eiusdem generis propositio est in exegesi, fratres utrique coniunctos non succedere cum parentibus, si hi filium fecerint intestatum per querelam. Quibus consequens est tertium à Tr omissum, fratres uterinos, qui querelam non habent *l. 27. C. h. t.* hoc casu non successuros cum consanguineis tantū. Eamque sententiam Dd esse colligitur *ex Iasone in d l. 27. C h t col. 3 & Bald. ibid col. 2. post Odofred ibid* vbi respondent ad *Nov 118 c. 3.* ex qua uterinus concurrit cum consanguineo, quod aliud sit ab intestato. In contrarium autem ita disputari potest; quòd cum ratio sit anima legis, & cessante ratione legis ipsa lex cessat, quod ex Dd tradit *Ias. in l. 3 C. h t n. 5.* & ratio cur jure veteri, v. c. fratrum liberis & vterinis non daretur querela, hæc unica fuerit. quod cum patruis & consanguineis non concurrerent, hac ratione sublata, post N. 118. in querela eos quoque cōcurrere defendi posse videatur: aut certe victoriam patruorum his quoque prodesse debere, vt cum illis ab intestato succedant. Et hoc, 1. quia per querelam res deducitur ad causam intestati. 2. quia N. 118. omnes successiones ab intestato decidit: nec tantùm eos casus, quibus ab initio quis intestatus decedit, sed etiam quibus postea testamentum rumpitur, aut irritum fit, adeoque etiam, vbi per querelam tanquam inofficiosum rescinditur. 3 quia posito jure, vt uterini & fratrum liberi ab intestato cum consanguineis & patruis succedunt, non minus illis, quam his præteritione iniuria fieri videtur. 4 quia duæ tantum successionis species sunt, ex testamento & ab intestato. Neque satisfacit, quod ex Vigelio respondet Vulteius *num 9.* secus esse vbi quis per querelam fit intestatus, quod hic testatus decesserit paterfam tum quia nihil interesse potest, sive quis nullo testamento decedat, sive postea intestatus efficiatur, quia vtique eum intestatum esse verum est, *arg. l. 1. in princ de suis & legit. l. 6 §. 1. h. t.* tum quia alias sequeretur, etiam vbi per destitutionem hæredis vel agnationem, testamētum irritatur vel rumpitur, ab intestato, vt aliàs non succedi Et verò nihil hic interesse iura decent, nisi hoc, quod ubi nullum testamentum factum est, qui tempore mortis, vbi autem factum est qui eo tempore quo certum est neminem ex eo hæredem futurum, proximus est, succedit *§. proximus Inst de leg. agn succ* Facit 5. quod testamentum inofficiosum rescinditur prætextu furoris, vt tanto magis pro intestato paterfam debeat haberi. Facit denique 6. quod ius nullo testamento facto patrui non habuissent, id etiam rescisso per ipsorum factum testamento habere non debent. Atqui non facto testamento nullum ius prærogativæ patrui habuissent: ergo, &c. Ratio maioris est, quod cum ipsi contra voluntatem defuncti & testamentū directo veniant, absurdum fuerit voluntatem defuncti ad excludendos fratrum liberos illis prodesse cum si testator de hoc cogitasset, potius intestatus proculdubio cedere maluisset. Neque facit, quod legata hodie debentur, vt non videatur planè ab intestato succedi: vel quia hoc ipsum, vbi fratris testamentum impugnatur dubium est, de quo agitur th. 7. in fin vel quia hoc fit sola po-

testate legis, vel quia etiam ab intestato legata deberi possunt. Neque obstat, quod factum patruorum non debeat prodesse liberis fratrum; vel quia ex adverso impugnatio voluntatis defuncti illorum conditionem meliorem facere non debet, vel quia non prodest per se sed ex accidẽti, quod res reducitur ad causam intestati: ex quo fit, vt victoria eius qui ius succedendi non habet, aliis prosit *l. 6. §. 1. h. t.* Non obstat denique ratio, qua post Vulteium movetur Treut. quo beneficium non debeat extendi ultra mentem legis in eius fraudem, quia nihil planè fit in fraudem legis, quod secundum mẽtem legis est, vt fratrum liberi ab intestato cum patruis concurrant, &, vt paulò ante probatum, post Nov. 118. iuris antiqui ratio cessat: adeò ut etiam in querela fratrũ liberos concurrere, tentari possit. Quamvis leges novæ non sint nimis extendendæ: & admisso illo fratrum liberis etiam ubi soli sint, vel repudiantibus etiam patruis, querela fuerit concedenda. Et ideò rectiùs, hic subsistemus, vt effectum querelæ & fructum ad fratrum libros pertinere, vel ad summum cum patruis querelam moventibus, concurrere posse statuamus: quod aliàs quoque novum non sit, vt aliquis propter tertium beneficium habeat, quod proprio iure & ex sua persona non haberet.

THESIS V.

LIT. A.

Tradidit hic Tr. quod querela ad suos indistinctè, & quod ex oppositione extraneorũ colligitur, etiam non præparata transmittatur. Ad quod probãdum malè adducit textum iuris antiqui, ex quò querelam nisi præparatam, nec in hæredem suum transmissam fuisse probatur *ex l. 6. §. ult. h. t. & l. si quis filiã 34. C eod.* vbi Iustin. favorabiliter & nove nepoti concedit querelam ex persona patris qui ea non præparata decesserat, quamvis Tr. mixtim alleget textus iuris civilis antiqui & novi, adeoque hi ad diversa prædicata sint referendi, cum hoc ex iure veteri reliquum sit, vt extra casum sui hæredis querela non præparata non transmittatur. Sed & non tantum inter hæredem, in quem, sed etiam & magis à quo transmittenda querela videtur distinguendum *arg l. 7 h. t.* quomodo *Salicet. in l. 6. Cod. de transaction num 3.* non curandum esse ait, an liberi in quos querela transmittatur, sint sui an emancipati.

LIT. B.

Instaurari ab hæredibus nequit.] Nota hic pugna est inter *l. 16 in pr h t. & l. 6. C. de transact.* Distinctio relata à *Salic in d. l. 6.* an discessum sit ab instantia an ab actione: sicut & illa, quam *ex Alciat.* refert *Costal in l. 5 §. ult.* an per repudiationẽ an liberationem: menti & sententiæ ICti *in d. l. 27.* non convenit. Prima solutio Accurs. quam hic quoque innuit Treut. vt inter ipsum transigentem eiusque hæredem distinguatur, *à Salic. & Dd communiter in d. l. 6.* tenetur. Pro qua facit duplex ratio. tum quod querela natura sua in hæredes transitoria non est, vt tanto difficilius controversiæ sopitæ resuscitatio & restauratio illis sit concedenda: tum quòd in specie *l. 27. h. tit.* (*vt in l. 6 C. eod. scribit Salicet.*) videtur tantum principium, vt ita loquar, vestimenti, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, quod, videlicet discessio à lite, perficitur demum morte transigentis: vt ita in casu personæ principalis transigẽtis adhuc superstitis, res quodammodo in terminis nudi pacti subsistere videatur: quod secus est *in l. 6 C h tit.* in qua specie adeò cum & transactiones & testamenta sint favorabilia, potius actio præscriptis verbis, quam instauratio querelæ est permittenda. Vide etiam *Hottom. in d l. 6. C. de transact. Fachin. 1. controvers. 10.*

LIT. C. & D.

Duplex hic proponitur quæstio, de iure accrescendi, & edicto successorio. De illa dicimus ad th. 15. Huic in querela locum esse affirmat *Tr. post Bart. in l. 14. h t. num 4. Costal. in l. 6. §. ult. & in d. l. 14 Don. 16 comment. 7.* & alios relatos *à Gomes 1. variar resolut. 11. nu. 21. per l. 14. & l 31 ff. h. t.* quibus quidem ita movetur Donell. vt hac in re IC. dissensisse existimet. Verum huic sententiæ contradicit *d. l 34 C. h t.* vbi Iustin. disertè ait, patre exhæredato non præparata querela præmortuo, omne auxilium nepotem dereliquisse: qui adeò locus non nisi absurdè ad casum nepotis ex persona patris agere volentis, referri potest. Sed & ratio iuris antiqui hæc est *ex l 6. de inoff. test* vt exhæredatus obstet nepoti: quod pluribus rationibus confirmat *Gomes. citat. loc.* quod videlicet filio quocunque modo à querela excluso, nepos nõ admittatur, quippe cui nec iniuria facta est, nec præcedente filio legitima debetur. Et facilis responsio est ad *d. l. 14. & 31. h. t.* quæ scil. loquuntur de diversis gradibus: ita tamẽ, vt, quoniam alterius ius potius est, simul in querela concurrere non possint. Finge filium emancipatum exhæredasse filium, præteriisse patrem: vtrique iniuria facta est, non tamen æqualiter, sed magis filio quam patri; ideoque filius,

cuius etiam in successione ab intestato potius jus est, ad injuriam eam vindicandam, & testamentum impugnandum prius: eo autem excluso vel repudiante, etiam pater, non ex edicto successorio, sed quia ipse præteritus est, ad querelam admittitur.

THESIS VI.

LIT. A.

Et nuncupatos.] Nec dubitandi quidem ratio hic esse potest, quod in hac materia ead. planissimè testamēti scripti & nuncupati ratio est, vtpote in quo æquè exhæredatio & præteritio fieri possit. Neque dubito iniuriam hic fieri VVesemb. apud quem nihil tale. & Schneidevv. qui dum cit. loco scripti hæredis facit mentionem, non magis credendus est nuncupatum excludere voluisse, quam I Ctus *in l. 24. & 29. §. vlt. h. t.* vbi itidem descripto hærede loquitur.

LIT. B.

Vel fideicommissarios.] Querela ipsa utpote tendens ad rescindendum testamentum, non videtur rectâ contra fideicommissarium intentari posse: sed potius petitio hæreditatis ex causa inofficiosi, vt explicatum est supra *ad th. 1.* Neque obstat quod Dd. movent *in d. l. 1. C. h. tit.* petitionem hæreditatis nō dari contra titulo possidentem: vel quia hæc regula intelligitur de titulo particulari, fideicōmissarius autē loco hæredis est: vel potius, quod ipsa inofficiosi causa adiecta facit, vt sine titulo possidere intelligatur: idque est quod dicitur *in d. l. 1.* perinde teneri fideicommissarium, atque si pro hærede vel pro possessore possideret: de cuius explicatione vide etiam *Ant. Govean. 1. variar lect. 6. & Ant. Fab. 17. coniect. c. 1.*

LIT. C.

Qui hæredis locū obtinent.] Exemplū tradit in fisco *ex l. si hæredē 10. C. h. t.* in cuius secunda parte illud scrupulū movet, quod de bonis vacantibus proponitur: quia constat querelæ nisi testamento facto, & ita alio hærede scripto, locū nō esse. Et igitur aut hæres scriptus adiit, & bona vacantia non sunt: aut repudiavit: & ita destituto testamento ab intestato filius hæres erit: quia non adita hæreditate nullius momēti est exhæredatio *l. 29. in pr. de bon possess cont tab.* in quo videtur labi *Salic. in d. l. 10. C. h. tit.* Vidit hoc Accurs. ideoque secundam partem *d. l. 10* non de querela, sed de petitione hæreditatis interpretatur.

LIT. E.

Hoc colore etiam hodie.] Equidem hic color dementiæ in nuda scrupulositate iuris positus esse videtur, propter favorem testamentorum. Cæterùm hodie duplex ratio Tr. adversari videtur 1 quod ut ipse seq. th. tradit, legata præstanda sunt, quæ à furioso relicta non debentur *l. 36 de legat. 1.* ut proinde hodie non plenus dementiæ color prætendi posse videatur. 2 quod hodie ex veriori sententia, vtique communiter recepta, de qua actum est th. 1. non locus est querelæ in linea recta, nisi ubi causa iusta, sed ea tamen dubia expressa est: qui autem ex iusta causa filium exhæredat, nō potest videri demens. quæ ratio est *Bart. in l. 5 in fin. & l 13. in fin h tit* idque communiter teneri à Dd. vt tamen hodie dicendum sit causam esse falsam, scribit *Castrens. in l. 2 h t. n. 2.* Ex quibus apparet, ex eorum demum sententia, qui hodieque exhæredatione qualitercunque facta querela opus esse contendunt, colorē hunc dementiæ admitti posse. Planè cum ille color fundetur in eo, quod omissæ sint personæ, quibus pietas aliquid relinqui suadet, minus in linea transversali necessarius videri possit. Planè ratione intentionis, quod vtique filius immeritò & contra officium pietatis exhæredatum se contendit, cum nondum de iustitia causæ constet, hodieque sub colore furoris querelam institui dicemus.

LIT. F.

Ait hodie hæredem probare, 1. quia nemo præsumatur malus. Imò præsumetur quem pater, cuius summus in liberos amor, notarit, 2. quia sint certæ causæ. Atquin tantò facilius causas illas in se non cadere ostendere possit filius. Simplicius dicemus, hoc à Iustiniano tributum favori liberorum: cùm alias etiam eius potius sit probare, qui affirmat, quàm qui negat.

THESIS VII.

LIT. A.

Illud quidē rectè se habet de loco, in quo querela intentari debet, sed incōcinna exceptio lit. B. nisi filius per modū contradictionis agat: neque enim est de regula, nec dicitur rectè agere, qui cōventus excipit de inofficioso: & quod dicitur, reū excipiendo actorē esse, eò tantū pertinet, quod reus non minus exceptionem suam, quàm actor intentionem probare tenetur: & tantò incommodius hoc dicitur, quod hic tractatur de sortiendo foro, cuius intuitu nemo vnquam dixit, reum actoris partibus fungi.

LIT. C.

Tractatur hic de interpretatione *auth. ex causa, C. de liber. præter* quam ita accipit Treut. cum aliis vulgò, quod rescisso per querelam testa-

mento

mento legata debeantur Et hoc quidem liquidum est ex eorum sententia, qui in casu *Nov.* 115.*c.*3.querela opus esse putant: Verum dubiũ habet secundum eam opinionẽ, quæ citra querelã ipso iure testamentum statuit esse nullum. Neque deest diversitatis ratio. quod in iudicio querelæ, dubius litis eventus subeundus est; at in specie *d. Nov.* 115. ipsa lex citra ullum periculum hæreditatem adiudicat: & nihil est vulgarius aut receptius, quam quod constitutiones correctoriæ ad casus diversos neque ex paritate rationis sint extendẽdæ. Poterit igitur hoc fortasse paradoxon defendi, rescisso per querelam testamento neque hodie legata deberi: idque fortasse rectiùs, quam ut cum *A. Fabr. decad.* 39 *err.* 3.duplicem querelam constituamus. alterã veterem, alteram novam: ita quidem ut si veteri quis uti, & onus probandi se non fuisse ingratum, in se suscipere velit, hodieque testamentum totum una cum legatis & fideicommissis expugnare possit.

Non in præteritione per patrem] Diximus de hoc ad th.1.lit.B.

An in præteritione posthumi]Non obscurè affirmat Tr.eamque communem Dd.sententiam esse *Iason.* (sibi tamen contrarius *l.*8 *C.de impub. substit n.*8.)scribit *in d. auth n* 2. Contraria tamẽ opinio verior videtur: vel quia eiusmodi testamentum vitio interno laborat, vel quia verius est,d auth.ex causa ad præteritionem paternam non pertinere: quam opinionem à Glossa & multis antiquorum probatam fuisse testis est *Ias. in d auth. n.*1.

An in præteritione fratris.] Difficultas huius quæstionis non videtur magna ex opinione eorum,qui cũ *Tr.th.*1 *in fin.*ex causa *Nov.*115. querela opus esse existimant: ita enim statuemus, quod auth. illa ad testamenta ipso iure valida,& per querelam rescissa pertineat: cum etiã testamentum in quo frater præteritus est minùs sit odiosum. Cæterum si in casu *d. Nov* 115. testamẽtum ipso iure nullum statuas,& conservationem legatorum, iuxta paulò ante notata, ad illũ casum restringat, defendi possit, expugnato per querelam fratris testamento legata non deberi: quam sententiam tanquam certam & communem refert & sequitur *Iason in d. auth. ex causa, n.* 16. eamq; de iure veriorem,sed alteram æquiorem dicit *Salic.in l.* 27.*C h t.* & vnum dissentire Bald. idem *Ias scribit in d. l.* 27.*col.* 2. & 3.ex eo quod constitutio correctoria sit extendenda, vbi aliàs sequeretur absurdum: quod absurdum scil. innuit Tr.in extremo th.ne fratres meliores sint conditionis Et hoc tamen dupliciter removeri possit,tum quia diversa ratio est, vbi testamentum potestate iuris, & vbi per querelæ iudicium evertitur:tum quia aliàs *d Nov.*115. cõditionem liberorum in multis fecit pinguiorẽ, quæ ad fratres non nisi turpi persona instituta succurratur Ratio autem Tr. à generalitate authen ex causa desumpta, nullius momenti est: quoniam *Nov.* 115 *c.*3.& 4 satis perspicuè de parentibus & liberis loquitur.

THESIS VIII.

LIT A & B.

Immeritò]Ratione intentionis: quia causa etiam esse iusta,& qui querela agit, succumbere potest.

Cum liberos tùm parentes] Non rectè omittit fratres: & fortassis vbi quæritur, an graviores causæ admittendæ,non rectè parentes exæquãtur liberis,quoniam verba taxativa,quæ sunt in *Nov.*115 *c.*3.non extant *cap.*4. & liberi quibus à natura & magis debetur hæreditas parentum, difficilius ab ea removeri posse debent: quamvis replicari possis, quò gravius peccant liberi offendendo parentes, eo facilius pares aut maiores causas esse admittendas: & cum idem ius appareat utrobique statuere voluisse Iustinianum, clausulæ *c.* 3. *ad c.*4. erunt fortassis repetendæ

LIT. C.

Opinio quam hic improbat Tr. & quæ maiores vel æquales causas admittit, communis est,teste *Ias.in auth non licet.C. de lib præt. num.*6. (vbi tamen refert Alexand. cõtrarium statuentem) &, vt ego quidem existimo omnino recipienda: licet nec menti, vtique non verbis Iustin conveniat *in d Nov.*115 *c* 3.qui cum duplex vitiũ antiquæ Iurisprudentiæ corrigere se velle profiteatur; quod olim & admittebantur iniustæ,& omittebantur iustæ exhæredationis causæ,siquidem aliæ admittuntur, posterius virium sublatum non est: frivolum enim est, quod de certis quibusdam LL. quidam comminiscuntur,cùm præsertim causæ exhæredationis olim essent in arbitrio & cognitione centum virorũ positæ. Verùm quæcunque etiam fuit mens Iustiniani, vt maiores & similes causas admittamus summa ratio suadet: neque odiosum, sed iustum & favorabile habendum est, ingratum filium ab hæreditate paterna excludi.id vero odiosissimum esset, patrem cogi, vt impio & indigno filio bona sua relinquat Scio equidem esse,

esse,& ex horum numero citatum Connan. qui distinguant inter delicta, an recta in alios an Rempubl committantur. velut, veneficium, rebellio, proditio patriæ, quæ pro exemplis graviorum causarum refert *Iason in d. auth. non licet. C de lib prater*. an verò immediatè ipsum parentem respiciant, cuius generis peccata Iustin. recensere propositum fuisse existimat Connan. non verò ea, quorum convicti non hæreditate, sed vita privantur: quam etiam olim sententiam fuisse *Martini Laudens. d. loc. refert. Iason*. Verum admissa hac opinione, nihilominus istos errare existimo, quod omnes omninò causas, quæ patrem concernere possunt, *in dict. Nov. 115.* enumeratas esse, nec plures dari posse opinantur: quippe cum facta singularia, quodammodo sint infinita: vt proinde temerarius videatur fuisse Tribonianus, siquidem omnes ingratitudinis causas, quandocunque emersuras, enumerare se posse, sibi persuasit: & prudentius feudista. semper naturam ait deproperare novas edere causas. Illi autem planè nō audiendi, qui sub secundam causam casus singulares referre volunt: & illa secunda omninò de iniuria verbali accipiēda est: quod aliàs causa generalis præmittenda, & causam primam de iniuria reali, quæ vtique gravis est, & tertiam exprimere nihil necesse fuisset. Neque dubium esse potest, quin Iustin. causas speciales tradere propositū fuerit: cæteroquin ineptè alias causas admitti prohibuisset: quin generalitate ista admissa tota ista disputatio, an similes vel graviores exhæredationis causæ sint admittendæ, ieiuna planè & inanis futura est.

THESIS IX.

LIT. A.

Quia filius voluit.] Vera hæc sententia est, non excludi propterea filiū à querela inofficiosi: & rationes Accurs. cit. loc. militant in casu, quo filius post mortē patris consensum accommodavit: Vivo autē patre voluntas illa effectu caret, cum eo tempore nullum ad hæreditatem patris ius habeat: qua de causa constat, hæredē scriptum vivo testatore frustra de Falcidia pacisci: cū etiam huiusmodi voluntas admissa implicaret renuntiationem hæreditatis, iure invalidam: quæ rectior ratio videtur, quam qua Tr. vtitur, quod voluntas illa adversetur dispositioni legis: quæ quidem ita nudè accepta, principium petit, & aliam porrò rationem desiderat.

LIT. B.

Quod se exhæredem scripsit.] Hoc quoque verū puto contra *Gloss. in cit. l. 8. de bon. poss. cont. tabb. & Ias post Dd. in auth. non licet, C. de liber prat* Neque obstat *dict. l. 8. §. 6.* quia nocet illa adscriptio, vt excludatur à bonorum poss. contra tabb. de qua ibi agitur, & vt testamentum valeat quod aliàs esset nullum, non autem ut excludatur à querela.

LIT. C.

Distinguendæ hic sunt quæstiones, an v. e. furor aut pœnitentia exhæredationem factā præverterit, an sequuta sit. Equidem quod exhæredatio facta furore superveniente non tollatur, magis affirmat Iason. cui eod. teste, contrarius est Bart. vterq; adeò male à Tr. lit. D. allegatus.

Non per nudam reconciliationem.] Rationem addit, quod si exhæredatio extincta esset, filius maneret præteritus, & testamentum nullum. Et tamen in hoc nihil video absurdi, & favorabiliter testamentum nullum dicere præstat. quā filium, cum quo pater recōciliatus est, cum nota ab hæreditate excludere. Et cum plerisque casibus eadem sit vis taciti quæ expressi, pater reconciliatus iniuriam remisisse videtur. Sed & iudicium hic Tr. desidero, qui non animadvertit, idem hoc, quod pro absurdo habet, eventurū in casu remissionis expressæ, qua tamen causas exhæredationis tolli ipse affirmat. Sed nimirum hoc absurdum quoque facilimè removetur, si dixerimus, sive remissione expressa, sive tacita, videlicet reconciliatione, exhæredationis causam non ita tolli, vt habeatur pro non facta, & testamentum annulletur, sed ut inhibeatur effectus, & filio querela agenti, si ingratitudo obiiciatur ope replicationis, quod ingratitudo remissa sit, succurratur.

LIT. D.

Neque placet conciliatio.] Eadem distinctio est apud *Covarr in cap Rainucius de Testam. n. 27.* sed tamen in casu *seq. lit E de pœnitentia, qua lit. pro diss* Covarruvias citatur, sed non satis bona fide: siquidem *Covarr. ibi nu. 27.* disertè scribit, quod pœnitentia tantum operetur remissionem delicti in foro animæ, non autem tollat exterioris iudicii pœnam. Distinctio autem illa rectè explicata defendi posse videtur: v. c si filius arenarius, obliquè, si manus inferat patri, directè offendit patrem: hoc casu nihil, sed illa aliquid pœnitentia operabitur, ita ut si filius relicto illo vitæ statu alium elegerit, contra allegatam ingratitudinem, replicatione mutatæ vitæ se defendere possit: quandoquidem etiam hæc non in finibus nudæ & simplicis pœnitentiæ subsi-

 stit,

ftit.fed rem in integrũ reponit: facit, quod qui arenarius fuit, fi tempore teftamenti cōditi amplius nō fit, nō rectè exhæredabitur *arg. Nov 115. c. 3. §. 10 Ibi fi arenarius permãferit*: quomodo crediderim, hæreticũ, qui reverfus eft ad fidem, ad hæreditatẽ patris admittendũ effe. Et ita fe. accipienda erit cōmunis Dd. fentẽtia, de qua atteftatur *Iaf. in d. auth. non licet. C. de lib. prat. num.* 2.

THESIS. X.

LIT. A.

Et quia.] Redditiuum *ideo* & quæ illud fequuntur, ad ea quæ initio lit. A, B & C. proponuntur non rectè referuntur.

Nominatim.] Iure veteri inter gradum & fexum differentia hic erat: quæ propofita & fublata à *Iuftin. tit. I. de exhar. lib.*

LIT D.

Et quidem caufa oppofita] Contradicit ei quod tradidit *th. in fin.* etiamfi nulla caufa fit adiecta, teftamentum tamen, validum & querela impugnandum effe.

LIT. E.

Admittendi non funt.] Diximus de hoc ad th. 1. & diftinctionem ibi traditam huc repetimus.

LIT. F.

Sed filius præteritus.] Præteritus fcil-eft, qui neque exhæredatus eft, neque inftitutus, *in pr. I. de exhar. lib gl in l. 5 §. 1. h. t.* Neque fi pater v. c. dicat, fimpliciter, filius violentas mihi manus intulit, protinus exhæredatus cenferi debet, eum & fub tali demonftratione filius inftitui poffit *l. 48. §. 1. de hared. inftit.* & in exhæredatione non quidem folemnibus, fed tamen verbis opus eft *l. 3. C de lib. prat.* & exhæredationes adjuvandæ non funt *l. 19. de lib. & pofth* Planè fi pater dixerit, filium prætereo, quia ingratus, pro exhæredato eum habendum non dubitem, *argum. d. l. 3. Cod. de liber. prat.* Cæterum illo cafu, quo pro præterito habetur filius rectè negat Treutler. eum, licet probata fit caufa, excludi: procul enim illorum fententiæ mittendus nuntius eft, qui etiam ab inteftato ingratitudinem filio objici poffe exiftimant: omninò abfurdè, cùm etiam exhæredato filio citra expreffionem caufæ. Iuftin. quæftionem ingrati moveri nolit *l. 30. C. h. t.*

Nam neque tunc.] Hæc tranfpofita funt, & ad lit. E. pertinent, ad confirmandum, quod caufa probata, nō excludatur filius præteritus: quamvis quod de caufa inferta dicitur ad lit. F referẽdum fit, fed infubtilem planè & nullam eius cōtinet probationem: fiquidem vbi filius præteritus eft, vitiũ non pendet à caufa, vt adeò ea probata fruftra de convalefcentia teftamenti difputetur: feu tum vbi exhæredationi filii caufa adjecta non eft. quia tum videri poffit, fi caufa ab hærede poft probetur, perinde habendum, ac fi ab initio teftamento fuiffet inferta.

LIT. G.

Etfi adiecta claufula codicillaris.] De tribus præcipuè circa hoc quæri poteft: de teftamento refciffo ut inofficiofo, de teftamento nullo, & per agnationem rupto. In priori, quod præcipuè huius loci malè omiffum eft à Treutler. ea ratione iuris antiqui certum eft, claufulam codicillarem fruftra effe, quod voluntas à furiofo condita fingitur *l. 13. h. t.* cuius nec codicilli valere poffunt *d. l. 13 & l 36. de legat. 3.* Et ego fecundũ eos, qui, vt fupr. notatum, hodie id fublatum putant, aliud fortè ftatuendum, cum *Bart. in l 13. h. t.* In altero fententiam fuam obfcure proponit Tr. dum ait, non excludi filium, etiamfi fit adjecta claufula codicillaris Atquin teftamento nullo pofito, quin filius ab inteftato fuccedat, dubitari non poteft. Sed illud quærendum eft: An filius ab inteftato admiffus vi illius claufulæ fideicommiffo, tanquam codicillis relicto obftringatur. Quod quidem negari à Treut. cum adductis à *Clar. quaft 46. & Fachineo 4. controv.* 11. ex ratione fubiecta apparet. quod claufula illa magis ex confuetudine Notariorum apponatur. Et hæc tamen ratio non concludit, quia hic quæritur de jure & effectu illius claufulæ, quam a teftatore vel illius voluntate adiectam in dubio præfumimus: cum etiam non neceffario neque femper à Notarijs teftamenta fcribuntur. Ego contra Treut. & Fach. cum communi fentio, ex hac certa ratione, quod claufula codicillaris hoc operatur vt defunctus ab inteftato cum codicillis deceffiffe intelligatur: quo cafu vtique filium gravari potuiffe fideicommiffò nemo ambigit: vt proinde inepta fit quorundam obiectio, [illegible] filius non habeat legitimam titulo inftitutionis: de quo patrefamil inteftato mortuo fruftra difputatur. Probat hanc fententiam tum generalis textus *in l. 29. §. 1 de teftam.* (atquin exceptio probari non poteft) tum magis expreffus *in l. vlt. §. 1. C. de codicill.* quo probatur, teftamentum etiam ob defectum folemnitatis nullum, puta fi rogatio omiffa, vel iratum quinque aut fex teftes adhibiti funt, virtute huius claufulæ fuftineri: quomodo quidem vulgò Dd. loquuntur, licet paulò infubtilius; fed affectum rei refpiciunt, & hoc intelligunt, quod per claufulam

sulam illam censeatur hæres rogatus ab intestato, restituere hæreditatē per fideicommissum: vt disertè hoc explicat *Clar. in §. testam. q. 46. in princ.* & proinde non erat, quod tantoperè hic & nudis dentibus irrideret Doctores superciliosus ille, & iniquissimus Dd. interpretum, & tamen sine suffragiis censor. *Ant. Fab decad. 20 err. 5* Et igitur cōcludo, vt clausulæ obligari filium fideicommisso: nisi ea sola consuetudine nota rit adiecta probetur. Tertia quæstio de testamento per agnationem posthumi rupto, magis dubia est, teste *Clar. d. q. 46.* Vbi cum Bart & Clar. qui eam opinionem & veriorem & æquiorem, & hodiè utiq; communem magis esse ait, distinguendum puto, an posthumus scienter an ignoranter sit præteritus, vt scil. hoc posteriori casu fideicommisso non teneatur. 1 Quia codicillis ad filium scriptis posthumus postea natus partem fideicommissi non præstat: quòd nihil tum de posthumis testator speravisset *l. is qui vnum 19. de iure codicil.* idemque de filia post mortem patris nata ex eadem ratione responderur *in l. qui gravi. 10 eod. tit.* cui non obsta: *d. l. 19 in fin.* quia specialis est ratio & favor libertatem *l. cum pater 77. §. 29. de leg. 2.* Deinde quoniam, si defunctus reliquit fideicommissa à consobrina, ea tantum pro parte præstantur, si consobrinam tantùm successuram existimavit *d. l. 77. §. 29.* Si igitur ille qui partem aufert, in partem intercidere fideicommissa facit, si tempore codicillorum scriptorum de eo non fuit cogitatum: etiam posthumo nato post testamentum cōditum solidum auferente, quem in utero esse ignoravit testator, nulla omninò fideicommissa præstabuntur, neque dubitabimus hoc casu posito idē dicere, (ex quo præcipuum Fabri corruit fundamētum) etiāsi omnino ab intestato, qui gravi vtero vxorem esse ignorabat, scriptis codicillis decesserit: cùm & textus supra adducti de hac specie loquantur. Sed obiicit *Ant. Fab. decad. 20. error. 7.* multum interesse, an defunctus ad certam personam, an indefinitè scripserit codicillos? Resp. codicillis simpliciter relictis comprehensas intelligi quidem eas personas, quæ ab intestato sunt successuræ, non tamen eas quas testator nullo modo successuras, imò ne quidem in rerum natura esse putavit futuras. Et quidem favorabiliter pro posthumo dicamus, patrem, qui eum in utero esse ignorans, fideicōmissa reliquit, non omninò incertas personas gravasse videri, sed quas à Lege proximis agnatis hæreditatem adjudicante, satis sciebat expressas. Illud constat, quod sub his nullo modo comprehensum voluerit posthumum, quē nasciturum ignorabat, & si scivisset, verosimiliter fideicommisso gravaturus non fuisset *arg. l. cum avus. 102. de condit. & demonst.* Accedit quod eius generis coniecturæ præcipuè locum habent in materia fideicōmissorum, in quibus dominatur defuncti voluntas, cōtra quam fecerit, qui posthumum, proculdubio dilectissimum testatori fideicommisso hic obstringat: cuiusmodi coniecturis etiam in aliis casibus locus est *l. 3. C. h. t. l. cum mater. 28. ff. eod.* vt adeò vel maximè posthumum stricto iure obligatum, defendere debeamus exceptione doli, qua excluditur omnis, qui contra præsumptam etiam testatoris voluntatem petit *l. 13. inf. & l. 15 de adim. legat. l. 4. §. 10. de dol. except. l. 36. §. 3 de milit. testam. l. 28. de mort. caus. donation. arg. l. 19 §. 3. de R. I.* Enimverò in eo errat Ant. Fab rationem legum supra citatarum *l. 11. & 19 de iur. codicill. l. 77. de legat. 2.* in eo positam existimans, quod ad certam personā codicillos scripserit testator, quippe quam magis ita onerare voluisse videri possit: cum tamen hæc vera ratio sit, quod de persona concurrente nec speravit nec cogitavit testator. His cōsequens est, cum opinio hæc in præsumpta testatoris voluntate fundetur, si posthumo post testamentū nato, pater supervivens, illud cum posset, non mutaverit, vt posthumum fideicommisso teneri dicamus: quod hic nihil aut parum ab eo differre dicatur, qui sciens præteritus fuit: quam etiā multorum sententiam refert *Clar. d. q. 46.* à qua male recedit *Fachin. 4. contr. 13.* frustra adducta *l. 13. D. h. t.* vbi ex causa inofficiosi testamentum tanquam a furioso conditum rescinditur: & falsum illud ut Fachin. ait, eum qui posthumum præteriit, haberi pro demente: quo etiam admisso sequeretur contra ipsius Fachin. mentem *d. libr. 4. c. 12.* nec scienter præteritum posthumum fideicommissum debere: in quo tamen sibi parum convenit, quia eiusdem libri cap. 11. in genere negat clausulæ codicillaris effectum, ad casum filii à patre præteriti pertinere.

THESIS XI.

LIT. A.

Si relicta sit legitima]Hoc quidē in recta linea liquidum est, sed in transversali à Dd cōtroversum Bart *in l. 27 C. h. tit.* fratri præterito etiamsi totam legitimam habeat, Salic. ibid si totā non habeat, querelam non actionem ad supplementum dat. Sunt & qui simpliciter fratri præterito etiamsi plus legitima acceperit, querelam concedunt,

quasi domini bonorum videntur *l. 11. d. lib. & posthum.* quæ vice versa de parentibus dici non possunt. Vnde illud Senecæ d. consolat. ad Martiam ca. 10 omnes nostros, & quos nobis superstites nascendi lege optamus: & insignis locus apud Tacitum 16. annal. vbi de socru genero & filia, tyranni iussu sectis venis mortem sibi inferentibus singulos, ait precatos animæ suæ celerem exitum & relinquerent suos superstites, ET MORITVROS: & hinc illud Eumenij in gratiarum actione ad Constantin. Omnes conuolarunt, vt viderent, quem libenter sibi superstitem optarent: & illud Plutarchi d. consolat, ad Apollon χρεὼν γὰρ ἐκείνου τελευτήσαντος χρῆναι θανεῖν μεταλλάξαντα τὸν βίον. τοῦτο γὰρ εἶναι κατὰ φύσιν τὴν ἡμετέραν δηλονότι καὶ τὴν ἀνθρωπίνην. Illud quoque admitto, ex iure gentium, magis parentibus quàm fratribus bona liberorum deberi: & propter arctiorem coniunctionem, & propter summa beneficia, quæ liberi à parentibus acceperunt, eoque pertinet, quod ICtus ait *in l. 15. h. t.* parentibus piè relinquendum esse: qua de causa etiam indistinctè parentibus præteritis querela datur.

In transuersali.] Non puto hoc probandum, quod fratribus ex mera dispositione iuris ciuilis successio debeatur: sed cognatos etiam ex iure gentium ad successionem vocari putamus. Illud tamen facilè admitto, quod non ex speciali aliqua ratione iuris naturæ fratres vocentur; ideoque iuri ciuili in moderanda hac successione plus esse permissum, etiamsi usque ad fratres omnino successione excludendos.

LIT. D.

Sic legitima filiarum in bonis feudalibus.] Affert hoc pro exemplo, legitimæ iure naturæ debitæ, staturo minuræ. Haud scio an satis cautè: siquidem bonorum feudalium diuersa ratio, & in ijs ita ius constitutum, vt omnino filiæ à successione sint exclusæ: vt proinde contra regulam in thesi à Tr. propositam, nihil ex feudis siue ipsis, siue eorum æstimatione, nec legitima quidem fœminis debeatur, etiamsi feudum hæreditariū aut emptum proponatur: quæ sententia hac ratione firmatur. Quod non est conferendum ex eo quoque nil alijs debetur, sed id præcipuum retinetur. Atqui feudum hæreditarium vel emptum, non venit in collationem. E&c Adsumtio probatur 1. quia in his feudis fœminæ vel planè non, vel extantibus vtique masculis non succedunt: quod de feudo empto probat post plurimos *Vult. 1. de feud 9 num. 44.* de hæreditario *text. 1. feud 6. & 8. §. filia. & 2. feud. 17. vers. non enim. Vult. 1 feud. 8. n. 26 Pistor. p. 2. q 35 n. 10 Zas. de feud. p. 8 n. 44 in fin. Borch de feud. c. 7. n 66. Rol. à. Vall. 84. cons. vol 4. n. 14. Osasc decis. 23 n. 5 Knich. de vestit pact c. 4. num. 51 & c. 5. n 9. & seqq.* Ratio connexi est, quod collatio rem effectu facit hæreditariam *Azo in summ. C. de collat.* nec tantum rei ipsius, sed etiam æstimationis præstatione collatio fit *Dec. in l. 13. C. de collat* ita vt quibus æstimatio confertur, conferri ipsa res, & in ea succedere videantur: quibus adeò ius succedendi non est, ijs nec conferendum est *Pist part. 2. q 38. n. 21 & seqq.* 2. Quæ ratio est filiæ in solidum exclusæ, quoad collationem absoluiè, eadem illius est exclusæ à successione rei alicuius, quoad istius rei collationem: Quia quod iuris est in toto quo ad totum, &c quomodo hoc inducit *Pist. d. q. 38. numer. 21. in fin.* atqui filiæ statuto à successione insolitum exclusæ nihil conferendum esse constat. Ergo, &c. 3. Quæ ratio est eorum, quæ iure maioratus primogenito soli competunt, ad fratres reliquos, eadem est eorum, quæ masculis tantum debentur, ad fœminas. Atquin illa fratribus reliquis non cōferuntur, nec ex ijs legitima debetur *Pist d. q 38. n. 19 Tiraq. de iur primogen. q. 51. in fin.* Ergo, &c. 4. In terminis scribit *Schrad. de feud part. 7. c 5. n. 51.* feudi nouiter empti æstimationem fœminis conferendum non esse, quia in ea non succedāt: & quod ex feudis hæreditarijs nec quoad æstimationem legitima filiabus debeatur, tradit latè *Pist. d p. 2. q. 38. n. 20. & 26 Schrad. de feud p. 7. c. 5. n. 46. Vult. c. 9. n. 58.* siquidem negato iure succedendi negatur ius legitimæ *Pist. d loco n. 15 Tiraq d. iur primogen q. 55. n.* vnde ex eo quod primogenitus præcipuum capit, nec legitima fratribus debetur, *Tiraq. d tract q. 5. Pist d q. 38. n. 34.* Et cum igitur in feudo empto fœminæ non succedant, sequitur contra Treurl. nec legitimam jis deberi Neq; obstat, quod feudum emptum sit improprium, per latè notata *à Vult. lib. 1. feud c. 8. n. 44.* quoniam inde ex eo legitimam deberi non infertur, quoniam feudum in vno alteratum, non alteratum in alio, sed regulatur secundum ius feudorum *Vult. d. c. 8. nu. vlt. Clar. §. feudum. q. 16. n. 2.* & in terminis feudum emptum, excepto eo, quod gratuitum non sit, in alijs omnibus proprium censeri, tradit *Fich. part. 1. cons 10. n 3. Zas. d feud. p. 11. conclus. 2.* eamque communem testatur sententiam *Rosenthal 2. conclus. 61. num. 1,* & quod ijsdem modis admitatur

tatur *c.10.conclus 33.nu.92.* Hanc autem quæst. repetit. Tr. th. vlt. in fin.

THESIS XII.

LIT. A.

An legitima solo institutionis titulo, &c.] Communissimè hoc affirmatur à Doctoribus *in auth. nouiss. C. h. t. per Nou. 115 c. 3. in pr.* per quam derogatum est iuri veteri, quod ab ipso Iustiniano in Instit. traditum & repetitũ est. *Nou. 18 c. 1.* (Neque enim nouum Iustiniano, Proprijs sanctionibus identidem derogare.) Scilicet iure veteri filius etiam optimus quocunque titulo relicta legitima exhæredari poterat: quam iniuriam Iustinianus tollere voluit, vt ipse profitetur *d. Nou. 115. c. 5. in princ.* Et tamen non totam legitimam necessum est titulo institutionis relinquere, sed quamcunque partem, ita vt residuum actione ad supplementum petatur, vel quocunque titulo relictum in legitimam imputetur: quin imò etiam in re singulari, in paucis etiam thaleris filium institutum esse, sufficere existimant Dd. quos refert & sequitur *Ias. in d. Auth. nouiss. C. h. t. n. 15.* quin nec desunt, qui nudum titulum institutionis citra vllam rem sufficere putant, si modò filius aliunde, singulari etiam titulo legitimam consequatur. Quibus sane opinionibus causam præbuit Iustin. *in d. Nou 115. c. 5. in princ.* vbi ait subsistere testamentum, modò filius hæres sit nominatus, & certis rebus contentus esse iussus: solam enim esse intentionem eius, exhæredationis iniuriam auferre: vt ita sola & nuda & nominalis institutio sufficere videatur. Et vix est, vt verba illa Iustiniani alium intellectum admittant, licet à ratione iuris hoc sit alienum, & filius ita nomine tenus institutus re vera non hæres, sed legatarius sit, ex ipsius Iustin. constitutione *in l. quoties 13. c. de hæred. inst. iuncto §. si quis 9 Inst. d. fideic. hæred.* vbi talis institutus pro legatario habetur, & nullas actiones hæreditarias aut exercet aut excipit. Nec multũ interesse videtur, an quis nomine ten⁹ legato relicto institutus, an in re certa institutus, an institutus rebus certis contentus esse iussus sit, *quia omnes hi reuera legatarij sunt,* quod magis apparet ex collatione *d. l. 13. C. de hæred. instit. & §. sed & si 3. Inst. quib. mod. testam. infirm.* neque alia de causa institutioni hæredis mentio rei certæ detrahitur *l. 1. §. 4. l. 9. §. si duo 13. l. 10. de hæred. instit.* quam quod rei certæ mentio cum qualitate hæreditaria nullo modo consistere potest, *de quo infr. disp. 11.* Quæ omnia cũ in filio ex mente Iust. sufficiant, vana illa sunt, quæ de titulo institutionis honorifico iactantur, & in nudis verbis subsistunt, cum ille, qui iuris vniuersi successor nõ est, hæres reuera esse non possit. Enim verò ex vera ratione iuris ita constitutum oportebat, vt filius in parte aliqua hæreditatis, vel minima, vel vtique in legitima, quæ pro triente vel semisse rectè accipietur, hæres institueretur. Cõsequenter dici potest, etiam hodie legitimam re ipsa titulo particulari rectè relinqui, modo ne exhæredetur filius, sed quamuis nudè hæres nũcupetur. Proinde etiam probanda erit Dd. post Bart. sententia, relata & probata ad Ias. *in d. l. quoties C de hæred. instit. n. 4.* quod institutus in re certa mixtam & mediam obtineat naturam inter hæredem verum & legatarium, ita vt & ei accrescat, & rem illam autoritate propria occupare possit: vt ita effectus aliquis nudæ illius institutionis Iustinianeę esse possit. Ex quibus etiã hoc efficitur, improbandam esse omnino distinctionem Tr. hac lit. A. in qua committitur fallacia diuersæ quæstionis: quia ut supra dictũ, hoc quæritur, an ad validitatem testamenti sufficiat filio quomodocunque exhæredato legitimam particulari titulo reliquisse: quod omninò negandum est: atquin altera pars distinctionis Tr. quod causa inserta & probata necesse non sit legitimam titulo institutionis relictam esse, est de indubitabili, & hoc casu nec quidem nũmum relinquere necesse sit.

LIT. B.

Debetur sine vllo grauamine.] Expeditum hoc esse ait Tr. scil. *per l. 30 32. & 36 C. h. t.* Sed obstare videtur, quod ipse lit. C. & th. 16. legitimam esse ait quotam hæreditatis. Equidem Tr. in exegesi de opere fideicommissi loquitur, attamen nimis generaliter in th. sine omni grauamine esse dicit: & cum in hæreditate contineantur iura commoda & incommoda, & in hæredem vtpote repræsentantem personam defuncti omnes actiones hæreditariæ dentur, quota hæreditatis sine onere dici non potest. Neq; obstat, quod legitima deberi dicitur deducto ære alieno: quia hoc non ad actualem & realem deductionem pertinet, sed ad subductionem rationum & computationem, quantum sit in legitima, quomodo etiam Falcidia & Trebellianica deducto ære alieno deberi dicuntur, quas tamẽ vix quisquam sine onere esse dicit, licet & illæ fideicõmisso grauari non possint. Cæterum textus citati ex tit. Cod. hic ad casum filij exhæredati pertinent, quomodo eos acceptos fuisse ab omnibus antiquis vsque ad *Bart.* testatur *Ias. in l. 4. C. de inst. substit. n. 19.* Quoniam enim illo adhuc

iure

iure ita obtinebat, vt filius exhæredatus modo legitimam quocunque titulo haberet, querela agere non posset, ideo Iustin. legitimam illam, quàm aliàs portionem natura debitam vocare solet, filio ita exhæredato: sine vllo onere & dilatione voluit repræsentari. Ex quo intelligitur, errare etiam vulgo Dd. qui causalem conditionem institutioni filij adiectam, per illos textus putant esse detrahendam, de quo agitur infra *p. 2. disp. 11. th. 3. lit. D.*

Non procedat doctrina Cipollæ] Ratio est, quod ita reuera differretur præstatio legitimæ, quæ non nudam proprietatem, sed plenam & ipsum ius vtendi desiderat. Accedat quod Iustin. expressè constituit *Nou. 18. cap. 3* in his ipsis terminis, vt filius legitimam pleno iure habeat. Cæterùm hæc ratio instituendi filio alias bona habenti vtilis esse posit, si vsufructuarium paulò post mortem obire contingat. LIT. C.

Non bonorum sed hæreditatis quota.] Effectus est magni momenti, quia qui habet tãtum quotam bonorum, instar legatarij, qui quotam hæreditatis, hæres est. Et verò adsertio ista Tr. cautione, explicatione & distinctione eget. Expedita videtur ratio, vt inter filium exhæredatum & institutum distinguatur: quia fieri nequit, quo minus ea pars, quam tanquam hæres institutionis titulo habeo, si pars hæreditatis: sicut ex aduerso, quarta, quæ olim exhæredato titulo particulari præstabatur, sine dubio fuit quarta bonorum. Eoque scil. respexisse videntur Dd. dum communius legitimam partem hæreditatis statuit; quod videlicet ex cõmunissima sententiam legitima hodie titulo institutionis sit relinquenda, (quamuis Salicetus simpliciter dicat esse quotam bonorum *in l. scimus 30. in fin. h. t.* ex inepta ratiõe. quid debeatur deducto ære alieno) Hæc quidem ratio iuris dictat: verum iuxta paulò ante disputata ex *Nou 115. c. 3* statuendum omninò videtur, quod etiam in casu filij instituti legitima sit quota bonorum: si videlicet filius nomine tenus institutus certis rebus contentus esse iussus sit: quoniam hic filius, siue illæ res legitimam conficiant siue non, reuera hæredis loco esse nequit. Planè si filius in ipsa legitima, vel in quota aliqua hæreditatis instituatur, tum demum verus hæres, & legitima quota hæreditatis erit.

Agetur ad supplementum] Hoc ita ex iure nouo, sed iure veteri querelæ locus erat, etiamsi quis in minori parte fuisset institutus.

Petitione hæreditatis.] Dependet hoc à præmissis scil. si filius in parte hæreditatis vel minima, velut vnica vel sextante institutus sit, hac actione rectè ad supplementum aget, petendo se declarari hæredem pro triẽte. Verum sit reuera nõ hæres, sed nomine tenus institutus, re ipsa legatarius sit, hoc casu rectiꝰ fortassis defẽdatur sententia Dd. qui conditionem ex l. tribuunt, vel aliorum, quos sequitur *Ant. Fab. dec. 14. err. 8.* qui actionem ex testamento instituendã esse putãt: quod proculdubio testatur legitimam suppleri maluerit, quam planè iudicia sua rescindi. Neq; adeo hic obstabit, quod pro certo tradit *Ias. in l. 3. C. h t n 7.* actionem ex testamento nõ dari inter ipsos cohæredes: quoniam hoc casu filius reuera hæres non est, licet aliàs etiam dici possit, filiũ eo respectu, quo supplementum legitimæ petit, instar legatarij esse. Vix enim puto dici posse, filium isto casu quo ad hunc effectum pro hærede haberi posse, cum vt paulò ante dictum, hæres in re certa institutus mixtæ naturæ sit: etenim repugnat huius actiõis, qua hæreditas petitur, natura, neq; possit petere se declarari hæredẽ, qui nullis actionibus hæreditarijs vtatur aut inueniatur. Et hanc sententiã quod actio ex testamẽto detur vel condictio ex L. magis probat *Sal. in l. si quis 34. in fin. & l. scimus 30. in fin. C. h. t.* vbi etiã refert quorundam distinctionem, an testator legitimam suppleri vetuerit, necne, vt illic condictione ex L. hic ex testamẽto agatur. Simplicius fortassis dicemus, officio iudicis vel arbitri familiæ erciscundæ, quod legitimæ deest supplẽdum esse, vt quoad saltem filius instar hæredis habeatur, vt ab arbitrio, qui inter cohæredes accipi solet, legitima ipsi suppleatur. LIT C.

Non quinquennio.] *v Salic. in l. si quis 34. n. 8. C. h. t.* vbi refutat Br. & reddit rationem differentiæ quod querela exhæredato ad rescindẽdum, actio ad supplementum hodie instituto, & vtique ad conseruandum testamentum tendens, detur. Planè hoc Iure nouo rectè dicitur, postquam filius omninò instituendus est: cæterum ex ratione iuris anterioris nõ de nihilo videtur eorum ratio, qui actionem ad supplementum quinquennio finiri ideò putant, quodammodo succedat in locum querelæ: quod probatur ex *l. 34 in fin C h. t.* secundum quam in hoc casu filij exhæredati ipsa quoque actio ad supplementũ, sicut querela, quinquennio circumscripta videtur (quamuis quod de quinquennio dicitur *in fin. d. l.* posit non incommodè ad querelam referri, de cuius transmissione principaliter ibi quæritur.) Quo posito, dubia redditur sentẽtia

Anton.

Anton. Fabr. paulò ante posita, quod pro supplemento agatur actione ex testamento: quia cum hæc perpetua sit, nihil impedire poterat, quo minus exhæredato, qui partem legitimæ V.C. legati titulo accepit, perpetuo competere deberet.

Nisi in casu l. 6.] Vbi videlicet testamentum primo fuit impugnatum tanquam iniustum, quo casu quinquennium non currit nisi a die negotij illius infiniti.

THESIS XIII.

Agitur hic de augmento legitimæ ex *Nou. 18.* vbi sententia quam Tr. sequitur communiter à Dd. tenetur in Auth. nouissima C h.t. Neque tamen absurda videtur sententia *Vaud 1. q. 50.* quod augmentum illud tantum pertineat ad legitimam liberorum, quorum in tota constitutione tantum militat, quibus etiam hæreditas parentum magis naturaliter, quam his illorum debetur: cum etiam constitutio tota de auctione in semissem, parentibus non conueniat. Neque obstabunt verba generalia *in d. Nou. 18. c. 1 in fin.* quæ de nepotibus vel pronepotibus posthumis quibuscunque in linea paterna & materna, imò in hac etiam naturalibus, & ita de diuersis liberorum personis explicari possunt: & aliàs ex eadem generalitate contra Dd. concludi posset, etiam fratrum legitimam auctam esse: quamuis non difficulter ratio differentiæ reddi & explicari possit, quod Nou. loquatur de ijs personis quæ iure suo & propter hoc ipsum quod præteritæ sunt, querelam habent, cum fratribus tantum ex accidenti & odio hæredis instituti, videlicet turpis personæ querela concedatur.

THESIS XIV.

LIT. A.

Excludimus naturales tantum.] Contradicit *thes. 2. lit. C.* vbi naturalibus tantum, contra testamentum etiam patris, vbi legitimi liberi & iusta vxor non extant, querela conceditur. Verùm hoc ibidem refutatum est, & tamen ab intestato, vbi alij liberi & vxor non extant, naturalibus liberis duæ vnicæ debentur *Nou. 89. cap. 12. §. 4.*

LIT. B.

Per statutum exclusam.] Contradicit & hic *th. 11. lit. D.* vbi legitima liberis debita statuto tolli posse negatur. Et ergo loquitur Treutl. de statuto irrationabili: aut de tali statuto, quod aliàs loco legitimæ aliquid filiæ assignat: quam tamen explicationem vix admittit tum oppositio filiæ renuntiationis, quam necesse est aliquid accipere *cap. quamuis de pactis in 6.* tum quod ita non rectè diceretur exclusa, cum illud quod loco legitimæ debetur, ipsius legitimæ loco fungatur. Est aliàs quæstio hæc de statuto excludente filiam, duplex 1. si indefinitè statutum à successione filiam excludat. 2 si disertè eam excludat etiam à petitione legitimæ: qui casus rursus est duplex: quia loco legitimæ vel certa aliqua sum̃a vel nihil adsignatur. In prima quæstione non dubito statutum ita explicandũ esse, ne nimium iuri ciuili, quin imò naturali deroget, vt intelligatur exclusa à successione, quæ aliàs illi æqualiter cũ fratribus debetur: & quidem, si renuntiatio indefinite facta ita accipi & potest & debet, vt salua maneat legitimæ petitio, quid ni etiam ita explicetur statutum. Et hanc sententiam latè & benè defendit *Salicet. in authent nouissima Cod. h.t. nu 11.* licet aliud videatur probare *Menoch 2. arb. 144. num. 13* In alterius quæst. membro posteriori, statutum planè excludens filiam irrationabile erit: sicut in simili nulla erit renuntiatio, si filia nihil planè consequitur *argum cap. cum quamuis de pact. in 6.* Valebit autem statutum, si aliquod loco legitimæ filiæ detur: quia ex communissima sententia legitima statuto minui potest.

LIT. C. & D.

Non eam quæ renuntiauit.] Quæstio hæc duplex est, si filia renuntians vel dotem, vel quid aliud acceperit: & si nihil acceperit. De priori casu omninò loqui videtur *Couarr in cap quamuis p. 3. § 3. num. 3* quia filiam enormiter læsam restitutionem petere posse ait, non autem potest considerari læsio, nisi ex proportione rei vel summæ acceptæ, ad veram legitimæ quantitatem. Et hanc Couarr sententiam contra Treutl. magis probo, quod non obscurè hæc est sententia cap. quamuis, vt filia post renuntiationem nihil amplius petere possit, cum illud ipsum quod accepit loco legitimæ quasi per motum transactionis datum esse videatur: *iuxta not. sup. disp. 6 thes. 8. lit. G.* quod si filia nihil acceperit, mortuo patre totam legitimam eam petere posse omnino defendam, exemplo statuti, quod filiam à successione excludit, de quo paulò ante.

Per l. 35. §. 2. Cod. h.t.] Constat renuntiationes hæreditatum non nisi ex iure Can & consuetudinario defendi: vt proinde omninò malè Tr. huc adducat *l 35. C. h t* quæ manifestè renuntiationibus & pactionibus ijs demum robur tribuit, quæ mortuo patre cum hæredibus fiunt: quod ipse notat *Bald. ibid. in §. 1. & 2*

Etiam

Etiam sub iuramento.] Equidem iure Can. non nisi iuratæ renuntiationes sustinentur: sed fortè ex consuetudine etiam non iuratæ.

THESIS XV.

LIT. A.

Quia legitima nunc triens.] Mala hæc ratio: quia etiam secundum ius vetus, quo legitima semper erat quarta, huic quæstioni, an liberi exclusi faciant partem; locus erat: quia si ex duobus filijs vnum exhæredatum partem facere dicamus, alterius legitima tantum erat dimidia quartæ quæ alias esset quarta totius. Quæri autem hoc potest de exclusis siue statuto siue exhæredationi, an in computatione legitimæ connumerentur. Eam quæstionem *Iaf in Auth. nouissima C. h. t n. 47.* vocat aliam; profundam & difficilem, de qua consultus Raphael Cuman. non habuerit quod responderet. Initio distinguendum videtur, an filia v. c. sit planè exclusa statuto, an exhæredatione. Illo casu cum omninò nullum ius succedendi aut querela agendi habeat filia partem facere non potest: sed quoad hunc effectum pro mortua habebitur, siquidem statutum hoc, intelligitur cæterorum liberorum portionem auctam voluisse. Equidem ex ratione iuris noui, vtile quandoque possit esse liberis, v. c. si sint quatuor, vt filia quinta numero, statuto exclusa connumeretur: verum hoc quod vno vel altero casu ex accidenti contingit, in considerationem venire non debet. Et hactenus in terminis istis statuti rectè dicemus, liberos exclusos non connumerari in computanda legitima: verum in casu exhæredationis factæ, de quo præcipuè & ferè tantum agere Tr. colligitur ex lit. B res dubia est: quod cum exhæredatus filius aliàs ab intestato concurrisset, non videtur factum illud patris prodesse debere alijs liberis, ad eorum legitimam augendam Videtur autem phrasis illa, *liberos exclusos in computatione legitimæ connumerari*, ambiguam habere significationē: vt vel connumeretur nomine tenus: ad eum effectum, vt cæterorum legitima sit maior, velut si ex quinque liberis vnus sit exhæredatus: vel contrario modo, vt re ipsa connumerentur, perinde ac si partem suam accepissent, ad eum effectum, vt cæterorum legitima minor sit, & tanta, quanta non exhæredato fratre fuisset, quod ICti nostri partem facere dicunt. Quoniā autem rem difficiliorem facit constitutio Iustin. *in Nou 18 c.* 1. ideò ad rationem iuris veteris, quo indistinctè in quotcūque liberis legitima quarta est, hæc res tractanda erit. Vbi tres casus distinguendi videntur.* Primus si pater v. c. duos habens filios vtrumque exhæredauerit, & vtrique legitimam reliquerit: vel ad rationem Nou. 115, institutis legitimam dederit. 2. Si vtrumque exhæredauerit, & neutri legitimam dederit. 3. Si alterutri tantum dederit: vbi perinde erit, an ille qui legitimam accepit, exhæredatus sit an institutus: quia & quoad querelam & actionem ad supplementum ex iure nouo hæc quæstio est accommodanda. Primo casu nec querelæ nec actioni ad supplementum locus erit, & frustra de facienda parte disputatur. Altero casu vno querelam mouente alter interim partem facit, ita vt tantum dimidia pars hæreditatis petenda sit *ex l. 8. § 8. h. t.* vt tamen alterius, si postea repudiet, pars ei qui egit accrescat: & de hoc casu loquitur *ICtus in l 17. h. t.* eum qui repudiauit partem non facere his, qui querelam mouere volunt, quoniam scil. legitimam nō acceperunt. Et tamen si ab alterutro in solidum instituta fuerit, alteri quoque, si non repudiauerit, victoria proderit *arg. l 6 §. 1 h. t.* Tertio casu qui portionem suam habet, etiamsi alter, qui nihil accepit, repudiat, agere querela aut ampli* petere non poterit: quoniam, vt paulò ante dictum, factum illud patris, alteri prodesse non debet, & hic exhæredatus dicitur facere partē. Eoque si pater duorum filiorum in bonis habuerit 400 qui accepit 50. & ita quartæ dimidiam, agere non potest, qui si solus fuisset, vtique agere potuisset. Geminum huic exemplum est, quod proponitur *in d. l. 8. § 8. in fin h. t* in patre, qui ex duobus filijs v c præmortuis, nepotes, ex altero vnum, ex altero tres habet. vnicum, inquit, ICtus sesquiuncia, ex his, vnum dimidia vncia querela excludit: quoniam singulorum filiorū legitima erat sesquiuncia, quæ nepotibus eadem ratione & quantitate debentur. Ex his decidi potest quæstio proposita *à Salicet. in Authen. nouiss Cod h tit n. 6* si pater ex duobus filijs vnum iure exhæredauerit, alteri legitimam dederit, an legitima sit triens totus, an tantum duæ vnciæ Prius defendit Cinus, quem ibid. sequitur Salicet. Posterius Bartol cuius sententiam ex præcedd apparet esse veriorem: & consequenter nec verum esse quod ait Tr. lit. B. si tres sint filij, & vnus hæredatus, duos reliquos integrum trientem habere: quoniam semper hic obstat regula illa & exemplum ICti *dict. l 8. § 8.* quo ostēditur, quod exhæredatus hic faciat partem, & consequenter, quod alicubi dicitur, exhæredatum haberi pro mortuo, extra terminos suos trahendum

mento legata debeantur Et hoc quidem liquidum est ex eorum sententia, qui in casu *Nov. 115. c. 3.* querela opus esse putant: Verum dubiũ habet secundum eam opinionẽ, quæ citra querelã ipso iure testamentum statuit esse nullum. Neque deest diversitatis ratio, quod in iudicio querelæ, dubius litis eventus subeundus est; at in specie *d. Nov. 115.* ipsa lex citra ullum periculum hæreditatem adiudicat: & nihil est vulgarius aut receptius, quam quod constitutiones correctoriæ ad casus diversos neque ex paritate rationis sint extendẽdæ. Poterit igitur hoc fortasse paradoxon defendi, rescisso per querelam testamento neque hodie legata deberi: idque fortasse rectiùs, quam ut cum *A. Fabr. deced. 39 err. 3.* duplicem querelam constituamus, alterã veterem, alteram novam: ita quidem ut si veteri quis uti, & onus probandi se non fuisse ingratum, in se suscipere velit, hodieque testamentum totum una cum legatis & fideicommissis expugnare possit.

Non in præteritione per patrem] Diximus de hoc ad th. 1. lit. B.

An in præteritione posthumi] Non obscurè affirmat Tr. eamque communem Dd. sententiam esse *Iason* (sibi tamen contrarius *l. 8 C. de impub. subst. n. 8.*) scribit *in d. auth. n. 2.* Contraria tamẽ opinio verior videtur: vel quia eiusmodi testamentum vitio interno laborat, vel quia verius est, d auth. ex causa ad præteritionem paternam non pertinere: quam opinionem à Glossa & multis antiquorum probatam fuisse testis est *Ias. in d. auth. n. 1.*

An in præteritione fratris.] Difficultas huius quæstionis non videtur magna ex opinione eorum, qui cũ *Tr. th. 1 in fin.* ex causa *Nov. 115.* querela opus esse existimant: ita enim statuemus, quod auth. illa ad testamenta ipso iure valida, & per querelam rescissa pertineat: cum etiã testamentum in quo frater præteritus est minùs sit odiosum. Cæterum si in casu *d. Nov. 115.* testamẽtum ipso iure nullum statuas, & conservationem legatorum, iuxta paulò ante notata, ad illũ casum restringat, defendi possit, expugnato per querelam fratris testamento legata non deberi: quam sententiam tanquam certam & communem refert & sequitur *Iason in d. auth. ex causa, n. 16.* eamq; de iure veriorem, sed alteram æquiorem dicit *Salic. in l. 27. C. h. t.* & vnum dissentire Bald. idem *Ias. scribit in d. l. 27. col. 2 & 3.* ex eo quod constitutio correctoria sit extendenda, vbi aliàs sequeretur absurdum: quod absurdum scil. innuit Tr. in extremo th. ne fratres meliores sint conditionis Et hoc tamen dupliciter removeri possit, tum quia diversa ratio est, vbi testamentum potestate iuris, & vbi per querelæ iudicium evertitur: tum quia aliàs *d Nov. 115.* cõditionem liberorum in multis fecit pinguiorẽ, quæ ad fratres non nisi turpi persona instituta succurratur Ratio autem Tr. à generalitate authen ex causa desumpta, nullius momenti est: quoniam *Nov. 115 c. 3. & 4* satis perspicuè de parentibus & liberis loquitur.

THESIS VIII.

LIT A. & B.

Immeritò] Ratione intentionis: quia causa etiam esse iusta, & qui querela agit, succumbere potest.

Cum liberos tùm parentes] Non rectè omittit fratres: & fortassis vbi quæritur, an graviores causæ admittendæ, non rectè parentes exæquãtur liberis, quoniam verba taxativa, quæ sunt in *Nov. 115 c. 1.* non extant *cap. 4.* & liberi quibus à natura & magis debetur hæreditas parentum, difficilius ab ea removeri posse debent: quamvis replicari possis, quò gravius peccant liberi offendendo parentes, eo facilius pares aut maiores causas esse admittendas: & cum idem ius appareat utrobique statuere voluisse Iustinianum, clausulæ *c. 3. ad c. 4.* erunt fortassis repetendæ

LIT. C.

Opinio quam hic improbat Tr. & quæ maiores vel æquales causas admittit, communis est, teste *Ias. in auth non licet, C. de lib. præt. num. 6.* (vbi tamen refert Alexand. cõtrarium statuentem) &, vt ego quidem existimo omnino recipienda: licet nec menti, vtique non verbis Iustin conveniat *in d Nov. 115 c 3.* qui cum duplex vitiũ antiquæ Iurisprudentiæ corrigere se velle profiteatur; quod olim & admittebantur iniustæ, & omittebantur iustæ exhæredationis causæ, si quidem aliæ admittuntur, posterius vitium sublatum non est: frivolum enim est, quod de certis quibusdam LL. quidam comminiscuntur, cùm præsertim causæ exhæredationis olim essent in arbitrio & cognitione centum virorũ positæ. Verùm quæcunque etiam fuit mens Iustiniani, vt maiores & similes causas admittamus summa ratio suadet: neque odiosum, sed iustum & favorabile habendum est, ingratum filium ab hæreditate paterna excludi: id vero odiosissimum esset, patrem cogi, vt impio & indigno filio bona sua relinquat Scio equidem esse,

esse, & ex horum numero citatum Connan. qui distinguant inter delicta, an recta in alios an Rempubl committantur. velut, veneficium, rebellio, proditio patriæ, quæ pro exemplis graviorum causarum refert *Iason in d. auth. non licet. C de lib prater*. an verò immediatè ipsum parentem respiciant, cuius generis peccata Iustin. recensere propositum fuisse existimat Connan. non verò ea, quorum convicti non hæreditate, sed vita privantur: quam etiam olim sententiam fuisse *Martini Laudens. d. loc. refert. Iason.* Verum admissa hac opinione, nihilominus istos errare existimo, quod omnes omninò causas, quæ patrem concernere possunt, *in dict. Nov.* 115. enumeratas esse, nec plures dari posse opinantur: quippe cum facta singularia, quodammodo sint infinita: vt proinde temerarius videatur fuisse Tribonianus, siquidem omnes ingratitudinis causas, quandocunque emersuras, enumerare se posse, sibi persuasit: & prudentius feudista, semper naturam ait depropetare novas edere causas. Illi autem planè nō audiendi, qui sub secundam causam casus singulares referre volunt: & illa secunda omninò de iniuria verbali accipiēda est: quod aliàs causa generalis præmittenda, & causam primam de iniuria reali, quæ vtique gravis est, & tertiam exprimere nihil necesse fuisset. Neque dubium esse potest, quin Iustin. causas speciales tradere propositū fuerit: cæteroquin ineptè alias causas admitti prohibuisset: quin generalitate ista admissa tota ista disputatio, an similes vel graviores exhæredationis causæ sint admittendæ, ieiuna planè & inanis futura est.

THESIS IX.

Lit. A.

Quia filius voluit.] Vera hæc sententia est, non excludi propterea filiū à querela inofficiosi: & rationes Accurs. cit. loc. militant in casu, quo filius post mortē patris consensum accommodavit: Vivo autē patre voluntas illa effectu caret, cum eo tempore nullum ad hæreditatem patris ius habeat: qua de causa constat, hæredē scriptum vivo testatore frustra de Falcidia pacisci: cū etiam huiusmodi voluntas admissa implicaret renuntiationem hæreditatis, jure invalidam: quæ rectior ratio videtur, quam qua Tr. vtitur, quod voluntas illa adversetur dispositioni legis: quæ quidem ita nudè accepta, principium petit, & aliam porrò rationem desiderat.

Lit. B.

Quod se exharedem scripsit.] Hoc quoque verū puto contra *Gloss. in cit. l. 8. de bon. poss. cont. tabb. & Ias post Dd. in auth. non licet, C. de liber prat* Neque obstat *dict. l. 8. §. 6.* quia nocet illa adscriptio, vt excludatur à bonorum poss. contra tabb. de qua ibi agitur, & vt testamentum valeat quod aliàs esset nullum, non autem ut excludatur à querela.

Lit. C.

Distinguendæ hic sunt quæstiones, an v. c. furor aut pœnitentia exhæredationem factā præverterit, an sequuta sit. Equidem quod exhæredatio facta furore superveniente non tollatur, magis affirmat Iason. cui eod. teste, contrarius est Bart. vterq; adeò male à Tr lit. D. allegatus.

Non per nudam reconciliationem.] Rationem addit, quod si exhæredatio extincta esset, filius maneret præteritus, & testamentum nullum. Et tamen in hoc nihil video absurdi, & favorabiliter testamentum nullum dicere præstat. quā filium, cum quo pater recōciliatus est, cum nota ab hæreditate excludere. Et cum plerisque casibus eadem sit vis taciti quæ expressi, pater reconciliatus iniuriam remisisse videtur. Sed & iudicium hic Tr. desidero. qui non animadvertit, idem hoc, quod pro absurdo habet, eventurū in casu remissionis expressæ, qua tamen causas exhæredationis tolli ipse affirmat. Sed nimirum hoc absurdum quoque facilimè removetur, si dixerimus, sive remissione expressa, sive tacita, videlicet reconciliatione, exhæredationis causam non ita tolli, vt habeatur pro non facta, & testamentum annulletur, sed ut inhibeatur effectus, & filio querela agenti, si ingratitudo obijciatur ope replicationis, quod ingratitudo remissa sit, succurratur.

Lit. D.

Neque placet conciliatio.] Eadem distinctio est apud *Covarr in cap Rainucius de Testam. n. 27.* sed tamen in casu *seq. lit E de pœnitentia, qua lit. pro diss* Covarruvias citatur, sed non satis bona fide: siquidem *Covarr. ibi nu. 27.* disertè scribit, quod pœnitentia tantum operetur remissionem delicti in foro animæ, non autem tollat exterioris iudicii pœnam. Distinctio autem illa rectè explicata defendi posse videtur: v. c si filius arenarius, obliquè, si manus inferat patri, directè offendit patrem: hoc casu nihil; sed illa aliquid pœnitentia operabitur, ita ut si filius relicto illo vitæ statu alium elegerit, contra allegatam ingratitudinem, replicatione mutatæ vitæ se defendere possit: quandoquidem etiam hæc non in finibus nudæ & simplicis pœnitentiæ subsi-

stit, sed rem in integrū reponit: facit, quod qui arenarius fuit, si tempore testamenti cōditi amplius nō sit, nō rectè exhęredabitur *arg. Nov 115. c. 3. § 10 Ibi si arenarius permājerit*: quomodo crediderim, hæreticū, qui reversus est ad fidem, ad hæreditatē patris admittendū esse. Et ita sc. accipienda erit cōmunis Dd. sententia, de qua attestatur *Ias. in d. auth. non licet. C. de lib. prat. num. 2.*

THESIS. X.

LIT. A.

Et quia.] Redditiuum *ideo* & quæ illud sequuntur, ad ea quæ initio lit. A, B & C. proponuntur non rectè referuntur.

Nominatim.] Iure veteri inter gradum & sexum differentia hic erat: quæ proposita & sublata à *Iustin. tit. I. de exhar. lib.*

LIT D.

Et quidem causa opposita] Contradicit ei quod tradidit *th. in fin.* etiamsi nulla causa sit adiecta, testamentum tamen, validum & querela impugnandum esse.

LIT. E.

Admittendi non sunt.] Diximus de hoc ad th. 1. & distinctionem ibi traditam huc repetimus.

LIT. F.

Sed filius prateritus.] Præteritus scil. est, qui neque exhæredatus est, neque institutus, *in pr. I. de exhar. lib gl in l. 5 § 1. h. t.* Neque si pater v. c. dicat, simpliciter, filius violentas mihi manus intulit, protinus exhæredatus censeri debet, cum & sub tali demonstratione filius institui possit *l. 48. § 1. de hared. instit.* & in exhæredatione non quidem solemnibus, sed tamen verbis opus est *l. 3. C de lic prat.* & exhæredationes adjuvandæ non sunt *l. 19. de lib. & posth* Planè si pater dixerit, filium prætereo, quia ingratus, pro exhæredato eum habendum non dubitem, *argum. d. l 3. Cod. de liber. prat.* Cæterum illo casu, quo pro præterito habetur filius rectè negat Treutler, eum, licet probata sit causa, excludi: procul enim illorum sententiæ mittendus nuntius est, qui etiam ab intestato ingratitudinem filio objici posse existimant: omninò absurdè, cùm etiam exhæredato filio citra expressionem causę, Iustin. quæstionem ingrati moveri nolit *l. 30, C. h. t.*

Nam neque tunc.] Hæc transposita sunt, & ad lit E. pertinent, ad confirmandum, quod causa probata, nō excludatur filius præteritus: quamvis quod de causa inserta dicitur ad lit. F referēdum sit, sed insubtilem planè & nullam eius cōtinet probationem: siquidem vbi filius præteritus est, vitiū non pendet à causa, vt adeò ea probata frustra de convalescentia testamenti disputetur: seu tum vbi exhæredationi filii causa adjecta non est, quia tum videri possit, si causa ab hærede post probetur, perinde habendum, ac si ab initio testamento fuisset inserta.

LIT. G.

Etsi adiecta clausula codicillaris.] De tribus præcipuè circa hoc quæri potest: de testamento rescisso ut inofficioso, de testamento nullo, & per agnationem rupto. In priori, quod præcipuè huius loci malè omissum est à Treutler. ea ratione iuris antiqui certum est, clausulam codicillarem frustra esse, quod voluntas à furioso condita fingitur *l. 13. h. t.* cuius nec codicilli valere possunt *d. l. 13 & l 36. de legat. 3.* Et ego secundū eos, qui, vt supr. notatum, hodie id sublatum putant, aliud fortè statuendum, cum *Bart. in l 13. h. t.* In altero sententiam suam obscure proponit Tr. dum ait, non excludi filium, etiamsi sit adjecta clausula codicillaris Atqui testamento nullo posito, quin filius ab intestato succedat, dubitari non potest. Sed illud quærendum est: An filius ab intestato admissus vi illius clausulæ fideicommisso, tanquam codicillis relicto obstringatur. Quod quidem negari à Treur, cum adductis *à Clar. quast 46. & Fachineo 4. controv.* 11. ex ratione subiecta apparet, quod clausula illa magis ex consuetudine Notariorum apponatur. Et hæc tamen ratio non concludit, quia hic quæritur de jure & effectu illius clausulæ, quam a testatore vel illius voluntate adiectam in dubio præsumimus: cum etiam non necessario neque semper à Notarijs testamenta scribuntur. Ego contra Treut. & Fach. cum communi sentio, ex hac certa ratione, quod clausula codicillaris hoc operatur vt defunctus ab intestato cum codicillis decessisse intelligatur: quo casu vtique filium gravari potuisse fideicommissò nemo ambigit: vt proinde inepta sit quorundam obiectio, quòd filius non habeat legitimam titulo institutionis: de quo patrefamil intestato mortuo frustra disputatur. Probat hanc sententiam tum generalis textus *in I. 29. § 1 de testam.* (atquin exceptio probari non potest) tum magis expressus *in l. vlt. § 1. C. de codicill.* quo probatur, testamentum etiam ob defectum solemnitatis nullum, puta si rogatio omissa, vel rātum quinque aut sex testes adhibiti sunt, virtute huius clausulæ sustineri: quomodo quidem vulgò Dd. loquuntur, licet paulò insubtilius, sed affectum rei respiciunt, & hoc intelligunt, quod per clausulam

sulam illam censeatur hæres rogatus ab intestato, restituere hæreditatẽ per fideicommissum: vt disertè hoc explicat *Clar. in §. testam. q. 46. in princ.* & proinde non erat, quod tantoperè hic & nudis dentibus irrideret Doctores superciliosus ille, & iniquissimus Dd. interpretum, & tamen sine suffragiis censor. *Ant. Fab decad. 20 err. 5* Et igitur cõcludo, vt clausulæ obligari filium fideicommisso: nisi ea sola consuetudine notarii adiecta probetur. Tertia quæstio de testamento per agnationem posthumi rupto, magis dubia est, teste *Clar. d. q. 46.* Vbi cum Bart & Clar. qui eam opinionem & veriorem & æquiorem, & hodiè utiq; communem magis esse ait, distinguendum puto, an posthumus scienter an ignoranter sit præteritus, vt scil. hoc posteriori casu fideicommisso non teneatur. 1 Quia codicillis ad filium scriptis posthumus postea natus partem fideicommissi non præstat: quòd nihil tum de posthumis testator speravisset *l. is quivum 19. de iure codicil.* idemque de filia post mortem patris nata ex eadem ratione respondetur *in l. qui gravi. 10 eod. tit.* cui non obstat *d. l. 19 in fin.* quia specialis est ratio & favor libertatem *l. cum pater 77. §. 29. de leg. 2.* Deinde quoniam, si defunctus reliquit fideicommissa à consobrina, ea tantum pro parte præstantur, si consobrinam tantùm successuram existimavit *d. l. 77. § 29.* Si igitur ille qui partem aufert, in partem intercidere fideicommissa facit, si tempore codicillorum scriptorum de eo non fuit cogitatum: etiam posthumo nato post testamentum cõditum solidum auferente, quem in utero esse ignoravit testator, nulla omninò fideicommissa præstabuntur, neque dubitabimus hoc casu posito idẽ dicere, (ex quo præcipuum Fabri corruit fundamẽtum) etiãsi omnino ab intestato, qui gravi vtero vxorem esse ignorabat, scriptis codicillis decesserit: cùm & textus supra adducti de hac specie loquantur. Sed obiicit *Ant. Fab. decad. 20. error. 7.* multum interesse, an defunctus ad certam personam, an indefinitè scripserit codicillos? Resp. codicillis simpliciter relictis comprehensas intelligi quidem eas personas, quæ ab intestato sunt successuræ, non tamen eas quas testator nullo modo successuras, imò ne quidem in rerum natura esse putavit futuras. Et quidem favorabiliter pro posthumo dicamus, patrem, qui eum in utero esse ignorans, fideicõmissa relinquit, non omninò incertas personas gravasse videri, sed quas à Lege proximis agnatis hæreditatem adjudicante, satis sciebat expressas. Illud constat, quod sub his nullo modo comprehensum voluerit posthumum, quẽ nasciturum ignorabat, & si scivisset, verosimiliter fideicommisso gravaturus non fuisset *arg. l. cum avus. 102. de condit. & demonst.* Accedit quod eius generis coniecturæ præcipuè locum habent in materia fideicõmissorum, in quibus dominatur defuncti voluntas, cõtra quam fecerit, qui posthumum, proculdubio dilectissimum testatori fideicommisso hic obstringat: cuiusmodi coniecturis etiam in aliis casibus locus est *l. 3. C. h. t. l. cum mater. 28. ff. eod.* vt adeò vel maximè posthumum stricto iure obligatum, defendere debeamus exceptione doli, qua excluditur omnis, qui contra præsumptam etiam testatoris voluntatem petit *l. 13. inf. & l. 15 de adim. legat. l. 4. §. 10. de dol. except. l. 36. §. 3 de milit. testam. l. 28. de mort. caus. donation. arg. l. 19 §. 3. de R. I.* Enimverò in eo errat Ant. Fab rationem legum supra citatarum *l. 11. & 19 de iur. codicill. l. 77. de legat. 2.* in eo positam existimans, quod ad certam personã codicillos scripserit testator, quippe quam magis ita onerare voluisse videri possit: cum tamen hæc vera ratio sit, quod de persona concurrente nec speravit nec cogitavit testator. His cõsequens est, cum opinio hæc in præsumpta testatoris voluntate fundetur, si posthumo post testamentũ nato, pater supervivens, illud cum posset, non mutaverit, vt posthumum fideicommisso teneri dicamus: quod hic nihil aut parum ab eo differre dicatur, qui sciens præteritus fuit: quam etiã multorum sententiam refert *Clar. d. q. 46.* à qua male recedit *Fachin. 4. contr. 13.* frustra adducta *l. 13. D. h. t.* vbi ex causa inofficiosi testamentum tanquam a furioso conditum rescinditur: & falsum illud ut Fachin. ait, eum qui posthumum præteriit, haberi pro demente: quo etiam admisso sequeretur contra ipsius Fachin. mentem *d. libr. 4. c. 12.* nec scienter præteritum posthumum fideicommissum debere: in quo tamen sibi parum convenit, quia eiusdem libri cap. 11. in genere negat clausulæ codicillaris effectum, ad casum filii à patre præteriti pertinere.

THESIS XI.

LIT. A.

Si relicta sit legitima] Hoc quidẽ in recta linea liquidum est, sed in transversali à Dd cõtroversum Bart *in l. 27 C. h. tit.* fratri præterito etiamsi totam legitimam habeat, Salic. ibid. si totã non habeat, querelam non actionem ad supplementum dat. Sunt & qui simpliciter fratri præterito etiamsi plus legitima acceperit, querelam con-

quasi domini bonorum videntur *l. 11. d. lib. & posthum.* quæ vice versa de parentibus dici non possunt. Vnde illud Senecæ d. consolat. ad Martiam ca. 10 omnes nostros, & quos nobis superstites nascendi lege optamus: & insignis locus apud Tacitum 16. annal. vbi de socru genero & filia, tyranni iussu sectis venis mortem sibi inferentibus singulos, ait precatos animæ suæ celerem exitum & relinquerent suos superstites, ET MORITVROS: & hinc illud Eumenij in gratiarum actione ad Constantin. Omnes conuolarunt, vt viderent, quem libenter sibi superstitem optarent: & illud Plutarchi d. consolat, ad Apollon καὶ δεῖν ὑπ᾽ ἐκείνου τελευτῆς γενομένου κηδευθῆναι μεταλλάξαντα τὸν βίον. τοῦτο γὰρ εἶναι κατὰ φύσιν τὴν ἡμετέραν δηλονότι καὶ τὴν ἀνθρωπίνην. Illud quoque admitto, ex iure gentium, magis parentibus quàm fratribus bona liberorum deberi: & propter arctiorem coniunctionem, & propter summa beneficia, quæ liberi à parentibus acceperunt, eoque pertinet, quod ICtus ait *in l. 15. h. t.* parentibus piè relinquendum esse: qua de causa etiam indistinctè parentibus præteritis querela datur.

In transuersali.] Non puto hoc probandum, quod fratribus ex mera dispositione iuris ciuilis successio debeatur: sed cognatos etiam ex iure gentium ad successionem vocari putamus. Illud tamen facilè admitto, quod non ex speciali aliqua ratione iuris naturæ fratres vocentur; ideoque iuri ciuili in moderanda hac successione plus esse permissum, etiamsi usque ad fratres omnino successione excludendos.

LIT. D.

Sic legitima filiarum in bonis feudalibus.] Affert hoc pro exemplo, legitimæ iure naturæ debitæ, statuto minutæ. Haud scio an satis cautè: siquidem bonorum feudalium diuersa ratio, & in ijs ita ius constitutum, vt omnino filiæ à successione sint exclusæ: vt proinde contra regulam in thesi à Tr. propositam, nihil ex feudis siue ipsis, siue eorum æstimatione, nec legitima quidem fœminis debeatur, etiamsi feudum hæreditariū aut emptum proponatur: quæ sententia hac ratione firmatur. Quod non est conferendum ex eo quoque nil alijs debetur, sed id præcipuum retinetur. Atqui feudum hæreditarium vel emptum, non venit in collationem. E. &c. Adsumtio probatur 1. quia in his feudis fœminæ vel planè non, vel extantibus vtique masculis non succedunt: quod de feudo empto probat post plurimos *Vult. 1. de feud 9 num. 44.* de hæreditatio *text. 1. feud 6. & 8. §. filia. & 2. feud. 17. vers. non enim. Vult. 1 feud. 8. n. 26 Pistor. p. 2. q 35 n. 10 Zas. de feud. p. 8 n. 44 in fin. Borch de feud. c. 7. n 66. Rol. à. Vall. 84. cons. vol 4. n. 14. Osasc decis. 23 n. 5. Knich. de vestit. pact c. 4. num. 51 & c. 5. n 9. & seqq.* Ratio connexi est, quod collatio rem effectu facit hæreditariam *Azo in summ. C. de collat.* nec tantum rei ipsius, sed etiam æstimationis præstatione collatio fit *Dec. in l. 13. C. de collat* ita vt quibus æstimatio confertur, conferri ipsa res, & in ea succedere videantur: quibus adeò ius succedendi non est, ijs nec conferendum est *Pist part. 2. q 38. n. 11 & seqq.* 2. Quæ ratio est filiæ in solidum exclusæ, quoad collationem absolutè, eadem illius est exclusæ à successione rei alicuius, quoad istius rei collationem: Quia quod iuris est in toto quo ad totum, &c quomodo hoc inducit *Pist. d. q. 38. numer. 11. in fin.* atqui filiæ statuto à successione in solitum exclusæ nihil conferendum esse constat. Ergo, &c. 3. Quæ ratio est eorum, quæ iure maioratus primogenito soli competunt, ad fratres reliquos, eadem est eorum, quæ masculis tantum debentur, ad fœminas. Atqui illa fratribus reliquis non cōferuntur, nec ex ijs legitima debetur *Pist d. q 38. n. 19 Tiraq. de iur. primogen. q. 51. in fin.* Ergo, &c. 4. In terminis scribit *Schrad. de feud part. 7. c 5. n. 51.* feudi nouiter empti æstimationem fœminis conferendum non esse, quia in ea non succedāt: & quod ex feudis hæreditarijs nec quoad æstimationem legitima filiabus debeatur, tradit latè *Pist. d p. 2. q. 38. n. 20. & 26 Schrad. de feud p. 7. c. 5. n. 46. Vult. c. 9. n. 58.* siquidem negato iure succedendi negatur ius legitimæ *Pist. d. loco n. 15 Tiraq d. iur primogen q. 55. n.* vnde ex eo quod primogenitus præcipuum capit, nec legitima fratribus debetur, *Tiraq. d tract q. 5. Pist d q. 38. n. 34.* Et cum igitur in feudo empto fœminæ non succedant, sequitur contra Treutl. nec legitimam ijs deberi Neq; obstat, quod feudum emptum sit improprium, per latè norata *à Vult. lib. 1. feud c. 8. n. 44* quoniam inde ex eo legitimam deberi non infertur, quoniam feudum in vno alteratum, non alteratur in alio, sed regulatur secundum ius feudorum *Vult. d. c. 8. nu. vlt. Clar. §. feudum. q. 16. n. 2.* & in terminis feudum emptum, excepto eo, quod gratuitum non sit, in alijs omnibus proprium censeri, tradit *Fich. part. 1. cons 10. n 3. Zas. d feud. p. 11. conclus. 2.* eamque communem testatur sententiam *Rosenthal 2. conclus. 61. num. 1.* & quòd ijsdem modis admittatur

tatur c.10. conclus 33. nu. 92. Hanc autem quæst. repetit. Tr. th. vlt. in fin.

THESIS XII.

Lit. A.

An legitima solo institutionis titulo, &c.] Communissimè hoc affirmatur à Doctoribus *in auth. nouiss. C. h. t. per Nou. 115 c. 3. in pr.* per quam derogatum est iuri veteri, quod ab ipso Iustiniano in Instit. traditum & repetitū est. *Nou. 18 c. 1.* (Neque enim nouum Iustiniano, Proprijs sanctionibus identidem derogare.) Scilicet iure veteri filius etiam optimus quocunque titulo relicta legitima exhæredari poterat: quam iniuriam Iustinianus tollere voluit, vt ipse profitetur *d. Nou. 115. c. 3. in princ.* Et tamen non totam legitimam necessum est titulo Institutionis relinquere, sed quamcunque partem, ita vt residuum actione ad supplementum petatur, vel quocunque titulo relictum in legitimam imputetur: quin imò etiam in re singulari, in paucis etiam thaleris filium institutum esse, sufficere existimant Dd. quos refert & sequitur *Ias. in d. Auth. nouiss. C. h. t. n. 15.* quin nec desunt, qui nudum titulum institutionis citra vllam rem sufficere putant, si modò filius aliunde, singulari etiam titulo legitimam consequatur. Quibus sane opinionibus causam præbuit Iustin. *in d. Nou. 115. c. 5. in princ.* vbi ait subsistere testamentum, modò filius hæres sit nominatus, & certis rebus contentus esse iussus: solam enim esse intentionem eius, exhæredationis iniuriam auferre: vt ita sola & nuda & nominalis institutio sufficere videatur. Et vix est, vt verba illa Iustiniani alium intellectum admittant, licet à ratione iuris hoc sit alienum, & filius ita nomine tenus institutus re vera non hæres, sed legatarius sit, ex ipsius Iustin. constitutione *in l. quoties 13. C. de hæred. inst. iuncto §. si quis 9 Inst. d. fideic. hæred.* vbi talis institutus pro legatario habetur, & nullas actiones hæreditarias aut exercet aut excipit. Nec multū interesse videtur, an quis nomine ten⁹ legato relicto institutus, an in re certa institutus, an institutus rebus certis contentus esse iussus sit, *quia omnes hi reuera legatarÿ sunt*, quod magis apparet ex collatione *d. l. 13. C. de hæred. instit. & §. sed & si 3. Inst. qu. b. m. d. testam. infirm.* neque alia de causa institutioni hæredis mentio rei certæ detrahitur *l. 1. §. 4. l. 9. §. si duo 13. l. 10. de hæred. instit.* quam quod rei certæ mentio cum qualitate hæreditaria nullo modo consistere potest, *de quo infr. disp. 11.* Quæ omnia cū in filio ex mente Iust. sufficiant, vana illa sunt, quæ de titulo institutionis honorifico iactantur, & in nudis verbis subsistunt, cum ille, qui iuris vniuersi successor nō est, hæres reuera esse non possit. Enim verò ex vera ratione iuris ita constitutum oportebat, vt filius in parte aliqua hæreditatis, vel minima, vel vtique in legitima, quæ pro triente vel semisse rectè accipietur, hæres institueretur. Cōsequenter dici potest, etiam hodie legitimam re ipsa titulo particulari rectè relinqui, modo ne exhæredetur filius, sed quamuis nudè hæres nūcupetur. Proinde etiam probanda erit Dd. post Bart. sententia, relata & probata ad Ias. *in d. l. quoties C. de hæred. instit. n. 4.* quod institutus in re certa mixtam & mediam obtineat naturam inter hæredem verum & legatarium, ita vt & ei accrescat, & rem illam autoritate propria occupare possit: vt ita effectus aliquis nudæ illius institutionis Iustinianeę esse possit. Ex quibus etiā hoc efficitur, improbandam esse omnino distinctionem Tr. hac lit. A. in qua committitur fallacia diuersæ quæstionis: quia ut supra dictū, hoc quæritur, an ad validitatem testamenti sufficiat filio quomodocunque exhæredato legitimam particulari titulo reliquisse: quod omninò negandum est: atqui altera pars distinctionis Tr. quod causa inserta & probata necesse non sit legitimam titulo institutionis relictam esse, est de indubitabili, & hoc casu nec quidem nūmum relinquere necesse sit.

Lit. B.

Debetur sine vllo grauamine.] Expeditum hoc esse ait Tr. scil. *per l. 30 32. & 36 C. h. t.* Sed obstare videtur, quod ipse lit. C. & th. 16. legitimam esse ait quotam hæreditatis. Equidem Tr. in exegesi de opere fideicommissi loquitur, attamen nimis generaliter in th. sine omni grauamine esse dicit: & cum in hæreditate contineantur iura commoda & incommoda, & in hæredem vtpote repræsentantem personam defuncti omnes actiones hæreditariæ dentur, quota hæreditatis sine onere dici non potest. Neq; obstat, quod legitima deberi dicitur deducto ære alieno: quia hoc non ad actualem & realem deductionem pertinet, sed ad subductionem rationum & computationem, quantum sit in legitima, quomodo etiam Falcidia & Trebellianica deducto ære alieno deberi dicuntur, quas tamē vix quisquam sine onere esse dicit, licet & illæ fideicōmisso grauari non possint. Cæterum textus citati ex tit. Cod. hic ad casum filij exhæredati pertinent, quomodo eos acceptos fuisse ab omnibus antiquis vsque ad *Bart.* testatur *Ias. in l. 4. C. de inst. & subst. n. 19.* Quoniam enim illo adhuc iure

iure ita obtinebat, vt filius exhæredatus modo legitimam quocunque titulo haberet, querela agere non posset, ideo Iustin. legitimam illam, quàm aliàs portionem natura debitam vocare solet, filio ita exhæredato: sine vllo onere & dilatione voluit repræsentari. Ex quo intelligitur, errare etiam vulgo Dd. qui causalem conditionem institutioni filij adiectam, per illos textus putant esse detrahendam, de quo agitur infra *p. 2. disp. 11. th. 3. lit. D.*

Non procedat doctrina Cipollæ] Ratio est, quod ita reuera differretur præstatio legitimæ, quæ non nudam proprietatem, sed plenam & ipsum ius vtendi desiderat. Accedat quod Iustin. expressè constituit *Nou. 18. cap. 3* in his ipsis terminis, vt filius legitimam pleno iure habeat. Cæterùm hæc ratio instituendi filio alias bona habenti vtilis esse posit, si vsufructuarium paulò post mortem obire contingat. LIT. C.

Non bonorum sed hæreditatis quota.] Effectus est magni momenti, quia qui habet tãtum quotam bonorum, instar legatarij, qui quotam hæreditatis, hæres est. Et verò assertio ista Tr. cautione, explicatione & distinctione eget. Expedita videtur ratio, vt inter filium exhæredatum & institutum distinguatur: quia fieri nequit, quo minus ea pars, quam tanquam hæres institutionis titulo habeo, sit pars hæreditatis: sicut ex aduerso, quarta, quæ olim exhæredato titulo particulari præstabatur, sine dubio fuit quarta bonorum. Eoque scil. respexisse videntur Dd. dum communius legitimam partem hæreditatis statuit; quod videlicet ex cõmunissima sententiam legitima hodie titulo institutionis sit relinquenda, (quamuis Salicerus simpliciter dicat esse quotam bonorum *in l. scimus 36. in fin. h. t.* ex inepta ratiõe. quid debeatur deducto ære alieno) Hæc quidem ratio iuris dictat: verum iuxta paulò ante disputata ex *Nou. 115. c. 5* statuendum omninò videtur, quod etiam in casu filij instituti legitima sit quota bonorum: si videlicet filius nomine tenus institutus certis rebus contentus esse iussus sit. quoniam hic filius, siue illæ res legitimam conficiant siue non, reuera hæredis loco esse nequit. Planè si filius in ipsa legitima, vel in quota aliqua hæreditatis instituatur, tum demum verus hæres, & legitima quota hæreditatis erit.

Agetur ad supplementum] Hoc ita ex iure nouo, sed iure veteri querelæ locus erat, etiamsi quis in minori parte fuisset institutus.

Petitione hæreditatis.] Dependet hoc à præmissis scil. si filius in parte hæreditatis vel minima, velut vnica vel sextante institutus sit, hac actione rectè ad supplementum aget, petendo se declarari hæredem pro triẽte. Verum sit reuera nõ hæres, sed nomine tenus institutus, re ipsa legatarius sit, hoc casu rectiꝰ fortassis defẽdatur sententia Dd. qui conditionem ex l. tribuunt, vel aliorum, quos sequitur *Ant. Fab. dec. 14. err. 8.* qui actionem ex testamento instituendã esse putãt: quod proculdubio testatur legitimam suppleri maluerit, quàm planè iudicia sua rescindi. Neq; adeo hic obstabit, quod pro certo tradit *Ias. in l. 3. C. h. t. n. 7.* actionem ex testamento nõ dari inter ipsos cohæredes: quoniam hoc casu filius reuera hæres non est, licet aliàs etiam dici possit, filiũ eo respectu, quo supplementum legitimæ petit, instar legatarij esse. Vix enim puto dici posse, filium isto casu quo ad hunc effectum pro hærede haberi posse, cum vt paulò ante dictum, hæres in re certa institutus mixtæ naturæ sit: etenim repugnat huius actiõis, qua hæreditas petitur, natura, neq; possit petere se declarari hæredẽ, qui nullis actionibus hæreditarijs vtatur aut inueniatur. Et hanc sententiã quod actio ex testamẽto detur vel condictio ex L. magis probat *Sal. in l. si quis 34. in fin. & l. scimus 36. in fin. C. h. t.* vbi etiã refert quorundam distinctionem, an testator legitimam suppleri vetuerit, nec ne, vt illic condictione ex L. hic ex testamẽto agatur. Simplicius fortassis dicemus, officio iudicis vel arbitri familiæ erciscundæ, quod legitimæ deest supplẽdum esse, vt quoad saltem filius instar hæredis habeatur, vt ab arbitrio, qui inter cohæredes accipi solet, legitima ipsi suppleatur. LIT. C.

Non quinquennio.] *v. Salic. in l. si quis 34. n. 8. C. h. t.* vbi refutat Br. & reddit rationem differentiæ quod querela exhæredato ad rescindẽdum, actio ad supplementum hodie instituto, & vtique ad conseruandum testamentum tendens, detur. Planè hoc Iure nouo rectè dicitur, postquam filius omninò instituendus est: cæterum ex ratione iuris anterioris nõ de nihilo videtur eorum ratio, qui actionem ad supplementum quinquennio finiri ideò putant, quodammodo succedat in locum querelæ: quod probatur ex *l. 34. in fin. C. h. t.* secundum quam in hoc casu filij exhæredati ipsa quoque actio ad supplementũ, sicut querela, quinquennio circumscripta videtur (quamuis quod de quinquennio dicitur *in fin. d. l.* posit non incommodè ad querelam referri, de cuius transmissione principaliter ibi quæritur.) Quo posito, dubia redditur sentẽtia

Anton.

Etiam sub Iuramento.] Equidem iure Can. non nisi iuratæ renuntiationes sustinentur: sed fortè ex consuetudine etiam non iuratæ.

THESIS XV.

LIT. A.

Quia legitima nunc triens.] Mala hæc ratio: quia etiam secundum ius vetus, quo legitima semper erat quarta, huic quæstioni, an liberi exclusi faciant partem; locus erat: quia si ex duobus filijs vnum exhæredatum partem facere dicamus, alterius legitima tantum erat dimidia quartæ quæ alias esset quarta totius. Quæri autem hoc potest de exclusis siue statuto siue exhæredationi, an in computatione legitimæ connumerentur. Eam quæstionem *Ias in Auth. nouissima C. h. t. n. 47.* vocat altam; profundam & difficilem, de qua consultus Raphael Cuman. non habuerit quod responderet. Initio distinguendum videtur, an filia v. c. sit planè exclusa statuto, an exhæredatione. Illo casu cum omninò nullum ius succedendi aut querela agendi habeat filia partem facere non potest: sed quoad hunc effectum pro mortua habebitur, siquidem statutum hoc, intelligitur cæterorum liberorum portionem auctam voluisse. Equidem ex ratione iuris noui, vtile quandoque possit esse liberis, v. c. si sint quatuor, vt filia quinta numero, statuto exclusa connumeretur: verum hoc quod vno vel altero casu ex accidenti contingit, in considerationem venire non debet. Et hactenus in terminis istis statuti rectè dicemus, liberos exclusos non connumerari in computanda legitima: verum in casu exhæredationis factæ, de quo præcipuè & ferè tantum agere Tr. colligitur ex lit. B res dubia est: quod cum exhæredatus filius aliàs ab intestato concurrisset, non videtur factum illud patris prodesse debere alijs liberis, ad eorum legitimam augendam Videtur autem phrasis illa, *liberos exclusos in computatione legitimæ connumerari*, ambiguam habere significationē: vt vel connumeretur nomine tenus: ad eum effectum, vt cæterorum legitima sit maior, velut si ex quinque liberis vnus sit exhæredatus: vel contrario modo, vt re ipsa connumerentur, perinde ac si partem suam accepissent, ad eum effectum, vt cæterorum legitima minor sit, & tanta, quanta non exhæredato fratre fuisset, quod ICti nostri partem facere dicunt. Quoniā autem rem difficiliorem facit constitutio Iustin. *in Nou. 18 c. 1.* ideò ad rationem iuris veteris, quo indistinctè in quotcūque liberis legitima quarta est, hæc res tractanda erit. Vbi tres casus distinguendi videntur.* Primus si pater v. c. duos habens filios vtrumque exhæredauerit, & vtrique legitimam reliquerit: vel ad rationem Nou. 115. institutis legitimam dederit. 2. Si vtrumque exhæredauerit, & neutri legitimam dederit. 3. Si alterutri tantum dederit: vbi perinde erit, an ille qui legitimam accepit, exhæredatus sit an institutus: quia & quoad querelam & actionem ad supplementum ex iure nouo hæc quæstio est accommodanda. Primo casu nec querelæ nec actioni ad supplementum locus erit, & frustra de facienda parte disputatur. Altero casu vno querelam mouente alter interim partem facit, ita vt tantum dimidia pars hæreditatis petenda sit *ex l. 8. § 8. h. t.* vt tamen alterius, si postea repudiet, pars ei qui egit accrescat: & de hoc casu loquitur *ICtus in l. 17. h. t.* eum qui repudiauit partem non facere his, qui querelam mouere volunt, quoniam scil. legitimam nō acceperunt. Et tamen si ab alterutro in solidum instituta fuerit, alteri quoque, si non repudiauerit, victoria proderit *arg. l. 6 § 1. h. t.* Tertio casu qui portionem suam habet, etiamsi alter, qui nihil accepit, repudiat, agere querela aut amplius petere non poterit: quoniam, vt paulò ante dictum, factum illud patris, alteri prodesse non debet, & hic exhæredatus dicitur facere partē. Eoque si pater duorum filiorum in bonis habuerit 400 qui accepit 50. & ita quartæ dimidiam, agere non potest, qui si solus fuisset, vtique agere potuisset. Geminum huic exemplum est, quod proponitur *in d. l. 8. § 8. in fin. h. t* in parte, qui ex duobus filijs v. c. præmortuis, nepotes, ex altero vnum, ex altero tres habet. vnicum, inquit, ICtus sesquiuncia, ex his, vnum dimidia vnica querela excludit: quoniam singulorum filiorū legitima erat sesquiuncia, quæ nepotibus eadem ratione & quantitate debentur. Ex his decidi potest quæstio proposita *à Salicet. in Authen. nouiss. Cod. h. tit. n. 6* si pater ex duobus filijs vnum iure exhæredauerit, alteri legitimam dederit, an legitima sit triens totus, an tantum duæ vnciæ. Prius defendit Dinus, quem ibid. sequitur Salicet. Posterius Bartol. cuius sententiam ex præcedd. apparet esse veriorem; & consequenter nec verum esse quod ait Tr. lit. B. si tres sint filij, & vnus hæredatus, duos reliquos integrum trientem habere: quoniam semper hic obstat regula illa & exemplum ICti *dict. l. 8. § 8.* quo ostēditur, quod exhæredatus hic faciat partem, & consequenter, quod alicubi dicitur, exhæredatum haberi pro mortuo, extra terminos suos trahendum

hendum non esse. Nec quicquam adeò obstat *l. 10 §. 4 & 5 de bon. possess. contra tabb.* vel quia in casu nostro qui portionem accepit conquerendi nullum ius habet: vel potius quia specialis ratio est bonorum possessionis contra tabb. cuius cũ nullo modo participes fiũt exhæredati *l. 8 in pr. de bonor. possess. contra tabb.* etiam partem ibi facere non possunt. Et ratio Tr. quod etiam vnius legitima sit triens, non concludit, quia filius pro concurrente habetur: & iure veteri quoq; vnius filij legitima erat quarta, & tamen filius exhæredatus faciebat partem vt alteri tantum sescũcia deberetur *d. l. 8. §. 8 in fin. h. t.* Illud non satis intelligo, quare Treutl. d. lit. B. duos illos in re particulari institutos proponat: cum tamen eadem quæstio sit, si filius institutus sit in legitima, imò ex sententia Treut. si etiam non adiecta causa exhæredatus, quippe qui *thes. 1. in fin.* etiã hoc casu testamentum per querelam impugnandum existimat. Illa quæstio superest, si ex quinque liberis vnus sit exhæredatus, an quatuor illorum legitima sit triens an semis. Et triẽtem tantum esse respondet *Salicet. in Authent. nouissima Cod. h. t. numer. 2.* vt ita exhæredatus, nec minuere nec augere legitimam, sed vtrobique pro mortuo haberi debeat. Verum hæc sententia ex ratione vera iuris, probanda non videtur: quoniam hic quoque regula illa vtendum censemus, quod exhæredatus faciat partem: facere autem non poterit, nisi pro rata, eoque nec efficere, vt fratribus quatuor duæ vnciæ decedant, sed tantum quinta pars semissis. Ita si ex sex liberis vnus exhæredatus sit, reliquorum legitima quinque vnciæ futuræ sunt.

THESIS XVI.

LIT. A.

Hæreditatis non bonorum.] Repetimus huc notata ad thes. 12. lit. C.

An igitur filius] Quæstio hic proponitur, an filius possit repudiare hæreditatem retenta legitima. Enim verò præsupposito, quod legitima hæreditatis quota sit, hoc ipsum, quod repudiare non possit, inferendum erat: cum præsertim Tr. simpliciter quærat de filio instituto: cum de legitima non nisi in casu filij exhæredati, vel ex iure nouo in rebus certis aut ipsa legitima instituti, disputari debeat: quo quidem casu, cum iuxta superius disputata legitima magis bonorum quota sit, proculdubio filius rectè eã accipiet, tanquam partem ab hæreditate planè separatam & diuersam. Sed ex aduerso in casu à Tr. proposito, cum filius institutus hæres est, adeoque non nisi titulo hæreditario legitima haberi potest, simpliciter defendemus, legitimum ab hæreditate separari non posse, etiam si filius cohæredem vel substitutum habeat. Neq; mouere potest, quòd pars filij legatis grauata est: cum iure ordinario beneficio Falcidiæ legitimã suam saluam habere possit: cùm etiam post introductum hodiè inuentarij beneficium extra omne periculum sit constitutus. Et alia ratio est debiti, quod ex contractu & conuentione descendit, alia verò legitimæ, quæ non nisi impropriè tanquam æs alienum dicitur deberi: aliàs vt maximè filius nec cohæredem nec substitutum haberet, legitimam tamen repudiata hæreditate, sicut quiuis alius creditor, retinere aut persequi posset.

LIT. B.

Nisi detracto ære alieno.] Ambiguus quoque horum verborum sensus est: quia significant vel detrahi realiter, ita vt nullum onus hæreditariũ quacunque ratione supersit: vel ita detrahi, vt subductis rationibus, & computatione inita bonorum & æris alieni, quantitas legitimæ, & inde, quantum legatarijs & fideicommissarijs debeatur, cognosci possit. Prior acceptio in casu filij exhæredati, vel in re singulari instituti: posterior in casu filij legitima vel simpliciter instituti, vera est: eoque talis filius omninò pro parte onera hæreditaria agnoscet, actionesque hæreditarias & excipiet & exercebit: quod exemplo Falcidiæ & Trebellian. apparet, quarũ itidem computationem deducto prius ære alieno iniri, certi iuris est: in eoque videtur offendere Tr. qui th. 12. sine omni onere eam deberi affirmans, identidem tamen eam hæreditatis quotam esse inculcat: cum tamen non possit habere quotam hæreditatis, qui non partis illius commoda sentiat & incommoda: quod ipse Tr. fatetur *disp. seq. th. 11 lit. A.*

LIT. C. & D.

Huc referatur.] Quæstio hinc aliena est, ideoque tractanda eo loco, quo ipse Tr. se remittit.

Non legata ad pias causas.] Hæc quæstio non tantum ad legitimam, sed etiam & frequentius ad Falcid. pertinet: & vt ei sit locus, ante omnia constare oportet, an ex hoc genere legatorum, detrahatur Falcid. nec ne, de quo agitur *infra part. 2. disput. 14. th. 5* vbi affirmans Tr. Falcidiam ex his legatis non detrahi, huic loco contradicere videtur, quoniam si eorum alia quam libertatum ratio est, & ea legitimã non minuunt, vtique Falcidiam patientur. Est autem prior illa senten-

ſententia, quæ defenditur *dict. diſp. 14.* communis, quob ita *à Gloſſ. Cyn. Bart. Bald. Salicet. in Authent. ſi nihiler C. ad L. Falcid.* licet in huius rei explicatione non omninò conueniat inter Dd. sũt enim, qui libertatem horum legatorum nocere putant ſoli hæredi, ita vt nihil alijs legatarijs, ſed quadranti tantum decedat *argum. l. 8. §. 9. verſ. cum igitur. h. tit.* vt adeò effectu ipſo legata illa in quartam Falcid. hæredibus imputentur: quæ videtur eſſe ſententia *Gloſſ. Cyn. & Salicet. in . Auth. ſimiliter.* Alij per huiuſmodi legata totam hæreditatem minui exiſtimant, ita vt & hæredib. & legatarijs re ipſa imputentur, & antequam de ratione Falcidiæ quæratur, inſtar æris alieni deducantur: quæ ſententia eſt *Bart. in ſæpè d. auth. ſimiliter* & probatur, ex textu *in §. cum autem l. ad L. Falcid.* vbi dicitur, quod vna cum ære alieno deducantur, impenſa funeris, & pretia ſeruorum manumiſſorum: cum autem legatum libertatis, ſit pro legato ad piam cauſam, de eoque reſponſum ſit, quod non patiatur Falcidiam, ſed legitimam etiam minuat *d. l. 8. § 9. h. tit.* inde nimirum intelligimus, quomodo hoc, quod per eiuſmodi legata priuilegiata Falcidia minuatur, accipere debeamus, videlicet, vt ante omnia inſtar æris alieni ex tota maſſa deducantur.

LIT. E.

Non ſumptus ſtudiorum.] Duplex hic quæſtio eſſe poteſt: an ſumptus hi conferantur, an filio in legitimam imputentur, ſicut alia, quæ forte a viuo patre accepit filius: quod magis eſt, vt negandum videatur: de quo pluribus agitur eo loco, ad quem Tr. ſe remittit, *diſp. 19. th. 13.*

LIT. F.

Non publicatio bonorum patris.] Ambiguæ huius propoſitionis quod publicatio bonorum patris non minuat legitimam, hæc ſententia eſt, quod ex publicatis bonis filio legitima debeatur, vel quod ea ſumma, quæ legitimam efficit, in publicationem bonorum non veniat: de qua tamen propoſitione ex ſtricta iuris ratione dubitari poteſt: quod ſcilicet pater, ſicut bona ſua conſumendo, ita & delinquendo, quoad hunc effectum, liberis, vt nihil ex eius bonis conſequantur, præiudicare poſſe videatur. Et cum authoritate legum per delictum bona quaſi in commiſſum cadant, ita vt damnatione ſequuta ſecto adminiſtratione bonorum, poteſtate alienandi & ipſo dominio priuatus videatur, *arg. l. 15. de donat.* quod liberos habet, ius illud mutare non poteſt. Illud autem verum eſt, quòd humanitatis intuitu ex damnatorum bonis, ipſo iure fiſco quæſitis, liberis portiones ſunt aſſignandæ, iuxta *l. 7. de bon. damn.* Iure planè nouo, ſublata bonorum confiſcatione, hæc quæſtio nulla eſt, niſi iuxta mores quorundam regionum, vel ſpecialibus quibuſdam caſibus Tr. accipiatur.

THESIS XVII.

LIT. A.

Affirmatiua defendi poteſt.] Vt pater pro delicto filio legitimam præſtare teneatur, vix videtur aut iure aut bona ratione defendi poſſe: quippe quod filius viuo patre in eius bonis nullum planè ius habet: neque vlla niſi mortuo patre legitima intelligatur: vt proinde ferendum non ſit, patrem ex delicto filij obligati, & citra vllam ſuam culpam ſuſtinere pœnam. Et licet pœna corporalis & pecuniaria inter ſe differant, attamen in genere conueniunt, quod vtraque pœna eſt, generale autem & iuris rationis ipſius præceptum eſt, ne alienæ culpæ quis fiat ſuccedaneus. de quo pluribus agitur infra diſput. 24. th. vlt. vbi Tr. defendit ſtatutum, quo parentes ex delictis liberorum ad pœnam pecuniariam tenentur. Illud rectius dicetur, quod pater pro delicto exſoluit filij huic in legitimam imputandum eſſe.

Si ex filio nepotem.] Non difficulter admittam hanc limitationem, cum regula non ſatis conueniat rationi: cæteroquin facilè cõtrarium defenderem, quod nepoti illi obſtante patre, nullum ius eſſe poteſt, & ipſe pater proculdubio ex cauſa delicti bona ſua minuere & liberis nocere poſſit.

Aut ex contumacia filius condemnatus.] Minus proba videtur hæc limitatio: ꝙ facilius videatur, patrem hoc caſu teneri, cum cõtumacia verum delictum non ſit, & præcipuè cauſas ciuiles concernat: veluti iure ciuili, vbi filius ex delicto ciuiliter intentato condemnatus eſt, pater de peculio rectè conuenitur *l. 3 § 11. de pec.* Cæterum caſus ex iure Saxon. minus rectè hic pro exẽplo affertur, ſiquidẽ vt hic ait, eo iure ex delicto filij pater noxali actione cõueniri poteſt: nam & ita iure communi in ſeruis obtinet, vt quia eorũ nomine noxali actione tenetur dominus, eos aut noxæ dedere, aut æſtimationem damni præſtare obligetur.

LIT. C.

Vbi eam ſponte aſſignauit.] Equidem legitima non niſi mortuo patre debetur, eiuſque quantitas ad rationem bonorum quæ tempore mortis ſunt, initur: itaque quod pater ita filio aſſignauit, non tam reuera legitimæ, quam potius dona-

donationis sapiet naturam, & mortuo patre in legitimam imputabitur.

LIT. D.

Assignari debet iudicis arbitrio.] Ambiguè & obscurè hoc dici videtur. Equidem quantitas ipsa legitimæ satis iure definita est: & vbi liberi vel ab intestato vel etiam aliàs ex testamento hæredes existunt, de legitima non quæritur, sed tum demum, vbi fortassis iuxta *Nou.115.c.5.* filius in rebus certis, ita vt integram legitimam non habeat, institutus est: vt proinde non rectè affirmetur in genere, vbi legitima à patre assignata non est, à iudice eam assignandam esse. Quin & legitima sine iudice à libris accipi potest: & illius officio tum demum opus est, vbi de corporibus & speciebus inter hæredes controuersia est, cui controuersiæ etiam circa quartam Falcidiam vel Trebellian. locus esse potest. Planè casus singularis, quem etiam Menoch citat. loc. tractat, nullam cum præcedentibus habens affinitatem, ita nudè proponendus nō videbatur.

Coronidis loco] Hæc quæstio tractata supra ad th.11.lit. D.& otiosè hic repetitur.

DISPUTATIO XIV.

DE PETITIONE HÆRED.

Respondente

IODOCO SCHELTING:
Fris. Occid.

THESIS I.

LIT. C.



QVO *respectu indiuidua.*] Vtique omne ius incorporale indiuiduum est: & tamen in eo non assentior Treutl. quod quæcunque in contrarium dici videtur, de subiecto hæreditatis, & rebus hæreditarijs accipienda existimat. siquidem *in l 9.§ hæredes.12.de hæred inst.* ius diserte diuidi dicitur, nō quidem quasi hæreditas iam constituta in alicuius persona diuidatur, sed quòd testatur instituendo plures hæredes efficiat, vt in singulorum persona diuisum & diuersum ius existat: quod tamen non fit potestate testatoris, sed legis XII.tabb quæ non res hæreditarias, indiuisas manentes, sed omninò ipsum ius diuidit, vt tamen subsequatur voluntatem defuncti, diuidendo ius proportionibus, quas testator assignauit: quo scil. respectu *in d.l.9.§.12.* ius à testatore diuidendum esse dicitur, quoniam non adscriptis partibus omnes æqualiter futuri essent hæredes.

Communionem recipit, diuisionem non item.] Nimirum occurrere vult obiectioni, quæ a cōmunione deducitur ad diuisionem: quæ etiam illatio, si de diuisione non crassa & reali, sed magis intellectuali quæratur, vera esse videtur, siquidem ipsa communicatione, rem quodammodo in partes diuidi necessum est: & multò magis, quod in communicatur, diuiduum esse dicendum erit, & distincta vocis ambiguitate idem & diuisum subtilius. & ratione corporum diuiduum dici potest. Ceterum quoad propositam quæstionem. quod de communione hæreditatis passim legitur, non tam ad ipsum ius, quam potius, contra quam existimat Tr. ad res hæreditarias pertinere videtur quomodo etiam non iuris, sed rerum diuidendarum gratia iudicium fam.ercisc. instituitur.

LIT. D.

Successio in vniuersum ius.] Genus hoc improprium est, quod scil. ipsa hæreditas successio non est. sed potius hæreditatis acquisitio: velut passim hæres successor vniuersi iuris dicitur. Neque placet his eorum sententia, qui hic confingunt aliquod ius à morte defuncti existens, de quo *infra p.2.disp 12.lit A.* quod ipsum tamē successio dici non posset: neque in nouum aliquod ius à morte demum constitutum, sed in ius defuncti succedit hæres: & quomodo bonorum possessio dicitur ius persequendi, *l.3.§.1. de bon.poss.* ita & hæreditas successio appellari videtur.

Personam defuncti repræsentans.] Traditur hoc *in leg.31.in fin.de hæred.instit.& in §.seruus.2.Instit.eod* vbi adijcitur, quod repræsentet defuncti personam non hæredis futuri. Cui obstat *l. nouatio.24.in fin. de nouation.* his verbis, morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed trāsit ad hæredem, cuius interim personam hæreditas sustinet. Neque enim ferri potest, quod *Gloss & Bart.in d l 24* verbum, *cuius*, referunt ad promissorem defūctum. Rectius dicitur, si consideretur euentus aditæ hæreditatis, quoniam hoc facto fictione iuris hæreditas cum tempore mortis continuatur *l omnis 138 de reg iuris* & proinde omnia habentur, ac si sub tēpus mortis cōtinuo hæredes extitissent *l. ōnia 193.de reg.iur.* & hæres qui adijt ex mortis tēpore defūcto successisse intelligatur *l 28.§.4.de sti.se.l.ha.54.de acquir*

quir. hared. eo respectu hæreditatem videri repræsentare personam hæredis: ex quo respõsum est *in d § 4 l. 18.* quod servus hæreditarius etiam hæredi futuro vtiliter stipuletur: Quod si remota iuris fictione ipsum instans, & rei veritatem, & incertum eventum hæredis forte præmorientis aut repudiantis attendas, necessario statuendum est, quod hæreditas interim repræsentet personam defuncti: quam rationem forte appellat *Accurs in d. §. 2. l. de hared instit* Nec male *Iohan Fab. ibid.* inspici personam defuncti, vt actus valeat, sed hæredis, quoad acquisitionem

Vbi aditur patrimonium haredis, &c] Siquidem tum confunditur cum bonis eius, qui hæreditatem adivit: licet titulus maneat, nec omnimodo etiam respectus hæreditatis aboleatur: veluti si de Falc. detrahenda agatur: idque hodie magis obtinebit, si hæreditas cum beneficio inventarii adita proponatur.

THESIS II.

LIT. A.

Nimirum stricta plane hic & specialis verbi, *actionis* significatio est, vt actionem in personam tantum designet, *ex l. 178. de V. S.* quoniam *in l. 25. de oblig & act.* petitio non actioni, sed condictioni opponitur: & cum omne genus de sua specie prædicetur, non dubium est, quin etiam petitiones varie & proprie actiones habendæ sint *arg. d. l. 25. & §. 1. Instit. de action.*

LIT. B.

Omnino esse actionem realem.] Equidem vt jam dictum petitiones, actiones in rem sunt *l. 28. de oblig & act.* & ipsa actionis formula actionem in rem esse arguit, dum petimus nos declarari hæredes & res restitui, & omnino hæreditatem nostram esse intendimus *l. 3. h. t.* & vindicationes omnes in rem sunt *§ appellamus. Inst de act* inter illas autem hæc actio refertur *l. 1. in pr de rei vind.* idque ipsa titulorum series in Pandectis & Cod. arguit: quo pertinet, quod hæc actio non tam ex obligatione, quã ex dominio descendit, & contra quẽcunque possessorẽ datur. quæ propria actionum in rem nota est, *l. 25 de oblig. act.* facit *l. 9. C. h. t. l 25. §. 18 eod. l 27. §. 3. de rei vind.* Attamen dicitur hæc actio personalis mixta *l 7. C. h. t.* & vtcunque in rem principaliter, sit, præstationes tamen habet personales *d. l. 25. §. 18.* & ratione eius, quod falsus hæres gerit, exigendo vel solvendo debita, aut faciendo impẽsas, quasi cũ eo, qui postea hæredẽ se probavit, cõtrahere videtur, perinde ac si negotia administrasset: vt nihil obstet, quo minus hoc respectu actio ista mixta personalis debeat appellari iuxta *d. l. 6. C. h. t.* Neque enim fieri potest *Bell in 2 supput 3.* explicatio, quod *in d. l 7.* dicitur, ad duplicia iudicia referẽtis hoc sensu, rationem actionis familiæ erciscundæ, quæ triginta annis durat exigere, vt idẽ in petione hæreditatis observetur. Male etiam *Cyn & Bart in d. l. 7.* ideo 30. annis durare docent, quod detur contra titulo nõ possidẽtem: cũ Imp. expressè, ex eo, quod actio sit personalis mixta, durationis illius causam desumat. Et verò si aliæ quoq; actiones hoc sensu mixtæ dicuntur, vt ostenditur *infra disput. 19 th. 1.* etiam hæc ita appellari poterit. Facit, quod nõ simpliciter possessorẽ, sed quatenus se pro hærede gerit, hæc actio persequitur: tum etiã, quod actio hæc respectu præstationum illarum personaliũ bonæ fidei, quæ qualitas actionum in personam propria est, etiam olim habita fuit.

THESIS III.

LIT. A.

Alia pratoria.] Generalius loquendo, & considerato effectu: cæterum constat, quod prætor hæredem facere non possit, *in prin. Inst. de bonor. poss.*

LIT. C.

Sed qua & fideicommissariam.] Hoc idem magis probat *Accurs. in l. 2. de fideicommiss hered pet. & Bart l. vltim. eod.* Sed dubium facit, quod SCta iuris civilis partes sunt, & ex ijs venientes actiones referuntur inter civiles, & opponuntur prætoriis *in princ. Instit de perpet. & temp. act* Et cum actiones dicuntur contra iuris civilis regulam transire, ius civile in specie & per excellentiam pro iure antiquo XII. tabb. accipitur, quo sensu etiam constit. Impp. sæpe iuri civili opponuntur: & alias successiones ex SCtis Orphit. & Tertull. in prætorias essent referendæ, contra *l. 3 in fin. h. t. & l. 7. in princ. de cap. minut.* vbi sub novis legibus etiam SCta comprehenduntur. Et igitur siquidem SCta iuris civilis sunt, etiam qui ex his succedit, non prætoria. sed civili petitione hæreditatis vtetur; quam consequentiam male negat *Accurs in d l. 2. de fideicommis. hared. pet.* & eiusdem instantia vitiosa, quod licet contractus iuris gentium sint, actiones tamen sint iuris civilis: quia & hoc falsum est, & diuersa iuris gent. est ratio, quod in singulis rebuspubl. indiget subsidio & assistentia iuris civilis. Hinc nec Bartoli distinctionem probandam existimo, an fideicommissarius ex persona hæredis an nomine suo agat: quia hoc etiam casu civilem actionem esse rectius statuitur: nõ obstan-

te *l.1.d.tit.* in qua, vt iam dictum, intelligitur ius civile antiquum.

Recte Accursius ita explicat.] Vera illa explicatio est ex *l.36 in princ. ad Trebell.* vnde etiã Publiciana competit *l.12.§ 1. de Public. act.* neque tamẽ necesse est ponere, quod nihil actu acceperit fideicommissarius, quin hic etiã realẽ possessionem nactus contra eum, qui controversiam hæreditatis movet, recte hac actione experietur.

THESIS IV.

LIT. A.

Quæ quomodo differat.] Non obscuræ differentiæ sunt harum actionum, quod altera vniuersalis, altera singularis est. quod altera contra nõ titulo, altera contra titulo possidentem datur. Illud non satis capio, quamnam in sequentibus intelligat differentiam à quibusdam traditam, quod is qui hanc actionem intendit, possessionem nondum adeptus sit, quoniam hoc ad rei vindicationem singularem pertinere videtur, in qua certum est agere eum, qui non possidet, petitione autem hæreditatis, etiam qui res hæreditarias possidet, recte experitur: quia hic non tam principaliter de re possessa, quam potius de iure possessoris, an hæres sit ne ne, disceptatur, eoque principaliter actor, declarari se hæredem petit: quo modo explicatio hæc differentiæ non vsque adeo absurda erit. Nisi forte Treutler, eo respexit, quod petitione hæreditatis agere potest, qui nunquam possessionem adeptus est: quod in rei vindicatione regulariter secus, cum dominium citra possessionem non acquiratur. Et, vt citato loco VVesenb. scribit, hæres vbi semel possessionẽ adeptus est, ea admissa speciali in rem actione vti debet: quod ipsum tamen simpliciter verum non est: quid enim si possessionem eius rei adeptus sese pro hærede gerat?

LIT. C.

Quid pro hærede vel pro possessore.] Subiicit in allegatis, sive sit hæres iure civili, sive bonorum possessor iure prætorio. Quæ, si pro explicatione eius, quod in thesi proponitur, accipiantur, male se habent: quia ibi cõfunditur titulus pro possessore, qui prædonis est *l.11.§.1. cum l. seqq. h. t.* cũ titulo pro possessore prætorio eius, qui bonorum possessionem ex edicto agnovit, qui pridem in hac materia, cum prædonem ei qui pro hærede possidet, opponimus, pro hærede possidere dicitur *l.11. in fin. pr. h. t.*

Ergo qui bona fide.] Ait eum qui bona fide ex iusto titulo rem possidet nequaquam teneri petitione hæreditatis. Vbi si à contrario sensu colligere licet, existimare videtur, quod contra quemcunque malæ fidei possessorem hæc actio detur. Et tamen etiam qui mala fide possidet singulari titulo, petitione hæreditatis nõ tenetur, vt recte notat *gloss. in l. 1. C. h. t.* cui non obstat *l.13.§.1. h. t.* quia aliud est, deficere bonam fidem, aliud, titulum omnino esse invalidum & nullum; quo casu favore actoris, ne dominium probare cogatur, petitio hæreditatis cõceditur, quod etiam tradit *Salic. in d. l. 1. num. 8 in pr. C. h. t.* Deinde confundere videtur Tr. titulum iustum cum titulo singulari. Etenim licet quo ad effectum usucapiendi nonnisi titulus singularis iustus sit, quoniam nullus est titulus, quo vsucapiamus hæreditatem: attamen in hac materia, vbi de iure possessoris quæritur, qui verbi causa se ab intestato proximum agnatum, vel testamento heredem scriptum existimandi iustam causam habens: res hereditarias tenet, iustum titulum habere recte dicitur quod bene advertit *Salic. in l. hereditatis 6. in pr. C. h. t.* vbi ait dicẽdum, quod petitio hæreditatis detur etiam cõtra possidentem titulo vniuersali, licet Dd omnes contrarium statuant: quorum tamẽ opinionem cum illa conciliare facile est, quod Dd. titulum ad usucapiendum habilem intellexerunt qualem qui habet, petitione hereditatis regulariter non convenitur.

Quid de eo dicemus.] Proponitur hic quæstio non expedita satis, an petitio hæreditatis detur contra eum, qui ab herede titulum consecutus est. Videlicet, quod omnino addẽdum translata vniuersitate, vel eius parte, de quo casu est *l. 13.§.4 h. t.* siquidem, qui rem singularem à falso etiam herede verbi causa emit, neque controuersiam hæreditatis mouet: nullo modo hac actione tenetur. Et Tr. tribus casibus affirmat quæstionem, ex quibus tertius, de eo qui lite pendente emit, non satis bene accommodatur propositæ quæstioni de eo qui convenire poterat: quoniam ubi lis pendet, iam possessor cõuentus est. Sed & amplius cum quæstio generalis sit de titulo, responsio tantum est specialis, de emptore: cum tamen idem quæri possit, vbi titulo permutationis vel donationis in alium translata est hæreditas.

Si hæreditatis venditor non extet.] Ratio redditur *l.13.§.4 h. t.* ne singulis iudiciis possessor vexetur. Ex quo colligere licet, proprie loquẽdo, & propriam petitionem hæreditatis non esse, quod emptor nullam moveat controversiam hæreditatis, sed tantum ita dici, quod in condemna-

demnationem universitas rerum venit, vt tamen quoad alia, v. c. fructus naturam vindicationis singularis sequatur: & ita duplex quodammodo statui poterit petitio hæreditatis, altera propria ratione tituli, altera impropria ratione obiecti. Et inde præter interpretum mentē explicādam existimo *l. 2. C. de pet. hæred.* in qua proponuntur duo casus emptæ hæreditatis sive partis, mala & bona fide. Illi omnes omnino fructus hoc tantum à tempore litis cōtestatæ restituendi dicuntur. Obiici poterat, frustra separatim de fructibus responderi, cum hi augeāt hæreditatem, eoque tanquam eius pars cum ipsa hereditate & peti & restitui intelligātur. Hęc obiectio removetur *in vers. fructibus enim, &c.* quod hoc obtineat in petitione hereditatis vera, quæ datur contra eum qui possidet titulo vniuersali: locus autem in impropria, quæ ita dicitur ratione obiecti, & in qua adeo, vt eleganter *in fin. d. l.* subiicitur, possessor titulo munitus, singularum rerum iure convenitur: id est, vt ead. ratio sit restituendorum vel lucrandorum fructuum, quæ in vindicatione speciali. Ex quibus convellitur explicatio Cyni & aliorum, qui in primo casu *d. l. 2.* petitione hæreditatis, in altero rei vindicatione singulari agi existimant, quod videtur sequi *Donell. 19. commen.* 11. & corruit disputatio *Salicet. in d. l. 2.* quomodo petitio hæreditatis possit dari contra titulo possidentem: ubi quidem respondet ille, in habentibus symbolum faciliorem esse transitum, & emptorem quasi esse iuris, & quodammodo se gerere pro Hærede. Hinc etiā efficitur, quod contra emptorem rei singularis nulla plane modo & nulla petitio hæreditatis detur, cum præsertim cesset ratio *d. l. 13. §. 4. h. t.* contra quam videntur communius existimare Dd. quos refert & sequitur Iason *in §. actionem, inst. de action. nu.* 210. quorū ratio, ne melioris conditionis sit emptor quam autor eius, non concludit: vel quia melior conditio non est, cum vterque ad restitutionem, licet diverso actionis genere teneatur: vel quia diuersitatem includit diversa qualitas & rei & possessionis.

Aut lite pendente emerit.] Dubium hoc videtur, quod ex vulgata regula iuris dolus sit pro possessione, & iudicium ceptum, contra eum qui dolo possidere desijt, continuetur *l. 69. cum seqq. de rei vindic.* (etiam in eum qui dolo possidere desiit, de novo detur *l. 27. §. 3. de rei vind.*) vt proinde nulla videatur necessitas actionis vel dandæ vel transferendæ in novum possessorem, nisi forte casum singularem paupertatis in venditore proponas, ut actio in novum possessorem sit concedenda. Neque facit pro Tr. *l. 1. C. h. t.* quoniam aliud est, controversiam motam, aliud litem pendentem esse. Neque propter dolū emptoris videtur variari debere genus actionis: q; licet Cyn. & alij Dd. ita statuant *in d. l. 2.* ex eo tamen loco non probatur: cum ibi non circa genus actionis, sed circa restituendos & præstandos fructus inter malæ & bonæ fidei emptorem differentia statuatur: itaque in specie *d. l. 2.* etiam contra bon. fid. emptorem petitionem hered. dari statuimus.

LIT. D.

Licet olim stricti iuris.] Subjicit in exegesi, cum in cētum virali iudicio agitaretur. Quod ita intelligendum est narrative ita dici: quoniam locus iudicij vel persona iudicis, ut actio bonæ fidei vel stricti iuris sit, non efficit. Illud tamen non recte Tr. quod tempora illa priora, quibus in iudicio centum virali tractata fuerit hæc actio, opponit seculo Iustin. ante quem longe judicia illa in vsu esse desierant. Cæterum non semper in iudicio illo, sed etiam coram judicibus datis hanc actionem propositā fuisse, plurimis legibus sub hoc titulo evincitur: ut fortassis interfit an de iure, an de facto in controuersiis hereditariis inciderit quæstio, ut etiam notatum ad disp. præced.

Actiones reales omnes stricti iuris.] Rectius dixisset, esse neque stricti iuris neque bonæ fidei. Omnino enim verius existimo divisionem illā propriam esse actionem in personam *arg. § 28. I. de action.* quod præsertim à præstationibus illis, de quibus in actionibus personalibus disputatur, diversitas illa bonæ fidei & stricti iuris præcipuè dependere videtur. Porro cum iuxta notata ad *disput. 11. thes. 5.* actiones arbitrarię proxime accedant ad naturam bonæ fidei actionū, fortassis actiones reales, quæ arbitrariæ sunt, non recte stricti iuris appellabuntur.

LIT. E.

Hodie tamen bonæ fidei effecta.] Verius puto, etiam olim actionem hāc pro bonæ fidei iudicio habitam fuisse. 1. per *l. Seia. 42. in pr. de mort. caus. donat.* vbi verbis, *bonæ fidei iudicio constituto*, omnino videtur significari petitio hereditatis, eaque opponi rei vindicationis singulari: quod recte docet *Anton. Fab. 14. conject.* 18. vbi refutat Cuiac. ex eo textu male probare conantem, quod opposita exceptione doli iudicium stricti iuris, bonæ fidei efficiatur. 2. Quod hæc actio

semper

semper in se habuit præstationes personales *l. 25. §. 18. o. t.* quarum respectu hæc ratio personalis, adeoque bonæ fidei fuit. 3. Quia, quod propriũ est actionum bonæ fidei, exceptiones huic actioni insunt *l. 38 ff. ll. t.* de quo mox ad th 9 lit. A. Neque obstat §. 28 *Instit de action & l. vlt. C h. t.* vel quia Iustin. expressius hoc constituit, vel quia alias sæpè Justin. iam olim recepta, sibi arrogare solet.

Sed an hoc etiam verum.] Recte hoc Tr. quod etiam fidei commissaria hæreditatis petitio bonæ fidei sit: neque potest dari ratio specialitatis vel differẽtiæ: etenim ratio Iasonis loc. cit. quod hæc petitio hæreditatis non sit enumerata *in §. 28. inst de actio* perspicuè falsa est, cum vtiq; sub genere species contineatur. In eo tamen lapsus Videtur Tr. quod adducit *l vlt. § sin autem 2 in prin. C h. t* cuius verba ita habent, sin autem libertates vel à possessore vel à petitore fideicõmissariæ petantur, vel directæ ipso iure competere dicantur, &c. ex quibus apparet loqui Iustin. non de petitore fideicommissario, sed de seruis qui super libertatibus siue per fideicommissum siue directo datis vel possessorem hæreditatis, vel petitorem interpellant.

Vt eius natura immutata] Male vtitur hoc verbo, quia, vt paulò ante ostẽsum etiam ante Iust. ista petitionis hereditatis, vt bonæ fidei esset, natura fuit.

LIT. F.

Non idem in actione in testamento] Proxime tamen ad naturam actionum bonæ fidei, accedit. Differentia autem eius à petitione hæreditatis non est in obscuro: hæc vniversalis, illa specialis est, hæc heredi, illa legatario, hæc ex dominio, illa ex quasi contractu datur, hæc in rem, illa in personam.

THESIS V.

Brevis hæc thesis & ieiuna est, nec quicquam hic notandum, nisi quod mala oppositio est inter successionem ab intestato, & successionem ex SCtis: quia etiam ex his ab intestato succeditur. Et igitur dicere debebat: succedi; vel ex testamento vel ab intestato, & hic vel ex LL XII. tabb. vel ex LL. novis constitutionibus vel SCtis.

THESIS VI.

LIT A.

Affirmat hic Tr. posse, quem ex duabus caussis esse heredem cum Bart. *in l. 3 h. t.* Verum cum hæres dominium significet, nec quisquã ex duabus causis dominus esse possit, vix est ut ex duabus causis sit hęres Et vt in casu & exemplo Tr. maneamus si Titius ab intestato heres Sempronij, testamento instituerit heredem Caium, iste hereditatem quoque Sempronij, nonnisi ex testamento habebit, ut quæ aditione Titij iam cum ipsius bonis & hæreditate cõfusa, & ita simul in Caium transmissa sit. Quod si aliusquispiam hereditatem Sempronij sibi asserat, Caius non tanquam Sempronij sed tanquam Titij heres & nomine Titij hereditatem illam vindicabit.

LIT C.

Dixi si eius intersit] Nihil hoc opus erat in specie monere, quod generale, ut nemo in iure interrogetur, nisi partis alterius intersit.

THESIS VII.

LIT. A.

Ex quo illud probabile videtur.] Non apparet, quis sit huius rei usus aut effectus, ut petitor nõ cogatur exprimere, an ex testamento an ab intestato petat hereditatem: quoniam possessore negante ius petitoris, fieri non poterit, quin hic necessario causam petendi testamentum aut legem, in iudicio deducat.

LIT. B.

Ait hic, quod ex testamento heredem se dicens, teneatur hoc probare per ostensionem testamenti non cancellati, adducta ad hoc *l ult. C. de edict. Div Adrian.* Verum ita confundere videtur petitionẽ hereditatis, cũ remedio *d. l. ult.* quod tantũ possessorium est, interdicti loco, & per quod non consequimur, ut heredes declaremur, sed tantũ vt in possessionem rerum singularum immitamur, de quo agitur *infra 2. disp. 25. th. 1.* Et verò ad obtinendam victoriam in hoc iudicio petitorio non sufficit exhibitio testamenti non cancellati, sed exceptiones testamenti falsi, rupti, irriti, &c. admittuntur.

Sed an institutus in re certa.] Aliena plane ab hoc loco immiscetur quæstio, an huic succurratur per remedium *d l. vlt.* & commodius quæsivisset, an instituto in re certa detur petitio hereditatis. Distinguit autem Tr. an coheres simpliciter institutus, iam adierit hereditatem, an nondum adierit, quo casu instituto in re certa remedium istud cõcedit: quæ etiam traditio est *Bart. in d l fin. C. de edict. Div. Adrian. nu.* 8. Et hoc tamen rationi iuris nõ convenit quin absurdũ est in casu isto, quo verus hęres fortassis aditurus est, instituto in re certa, qui re ipsa legatarius est *l quoties 13. de hered. instit.* remedium hereditarium accommodare: vtrique vero herede adeunte institutum illum in re certa tetro, & semper

semper legatarium fuisse apparet. Maior dubitandi ratio erit, si casum heredis certo non adituri proponas. Equidem Dd vix dubitant, quin hoc casu institutus in re certa veri heredis induat naturã, per notata *in d. l ult. & in d. l. quoties C. de hered. instit.* Et tamen dubitare licet, an qui semel & ex ratione juris & initio legatarius fuit iuxta *d. l.* 13. ex eventu incerto mutari possit in heredem: quoniam testator ipse iure sciuisse, & taliter institutum pro legatario habuisse præsumitur. Forsit quis existimare interesse, an coheres datus deficiat vivo testatore, an demum post eius mortem: illo enim casu facilius admiserim, institutum in re certa, qui tempore mortis, quo præcipuè de viribus testamenti quæritur, solus reperitur, pro herede habendum esse. Sed de his plenius agitur *infra part. 2 disp. 12. th. 1.*

LIT. C.

Debet probare se proximum agnatum.] Exempli loco hoc positum accipiendum est: tum quia nulla hodie agnatorum prærogativa, tum quia etiam quidam ordo ab intestato succedendi cõiugum est de quo *infr. p. 2. disput. 16. th. 4. lit. A.* Illud autem difficile videtur, vt quis præcisè se proximum cognatum probare cogatur: quod hæc probatio impleri non possit, nisi quis nullum se proximiorem ostendat, in quo implicatur probatio negativæ. Et ideo rectius dicitur, hanc quidem debere esse intentionem, difficultati autem probationis vel remedio publicæ citationis, vel cautionis de restituendo succurrendum esse.

THESIS VIII.

Quid si non sit petitum.] Quamvis in hac actione dicatur vindicari hereditas *l. 1. §. 1 si pars hæred. petat.* hoc autem sit contendere se esse heredem, quippe quod etiam contra eum qui rem vnam tenet, tota vindicatur hereditas, cum non æstimetur ius possessoris, sed petitoris *d. l. 1. §. 1.* Attamen non dubitandum, quin etiam rectè intendat quis, res hereditatis sibi tanquam heredi esse restituendas: & videri possit in hoc, quod quis se heredem dicit medium esse concludendi propter quod possessor ad restitutionem sit condemnandus: quod similiter in rei vindicatione singulari obtinere videtur *arg. l. 68. de rei vind.*

THESIS IX.

LIT. A.

Ait hic quod etiam filio detur hæc actio adversus patrẽ, si agatur de successione materna. Equidem potest etiam de alia successione, quã matris agi, quæ filio delata sit: Cæterum distinctione opus, an filius emancipatus sit, an adhuc in patris potestate. illo casu adeo verũ est, quod Tr. ait, ut nec ratio dubitandi supersit, de quo agitur *in l. ult. h. tit.* hoc autem casu falsum videtur, per tex. expressum *in l. 4. de iud. c.* Et cum ex ratione iuris filiusfam. nisi casibus singularibus plane agere non possit, multo minus poterit adversus patrem. Et interim igitur si pater bona tanquam heres possideat, tempus illud quo in potestate est, filio non curret, quo minus postea sui iuris factus libere vindicet hereditatem iuxta *l. 1. § fin. C. de ann. except.* nisi quis existimet filio per officium iudicis subveniri debere, arg. eius quod est *in l vlt in fin. pr C. de bon. quæ lib.* vbi filius patre recusante administrationem officiũ iudicis super constituendo curatore implorat. Etenim cum filius bonorum adventitiorum habeat vsum fructum, ratio iuris antiqui de quo *in d. l 4. de iudic.* aliquo modo cessare videtur.

Sed quid est quod ait d. l. finalis] Agit hic de interpretatione verborum *l. ult. h. t. et si non exciperetur, satis tamen patri per officium iudicis consulis* quæ sc. Tr. de puncto executionis post sententiam latam accipit, quod etiam hic expẽsarum, non quidem per exceptionem, sed officio iudicis ratio habeatur. Verum explicatio hæc omnino erronea, vitiosa, & ratione iuris aliena est: tum quia locum illum ita accipit, quasi ibi exceptio doli non competeret, cum tamen verba, *& si non exciperetur*, omnino arguant contrariũ: tum quia nulla ratio suadet, aut coniectura, vt illum locum ad casum executionis referamus: tum quia officium iudicis actionem respicit nõ executionem, quæ fit à prætore, executore dato. Verus autem loci illius sensus est, exceptionem inesse actioni, ita vt licet formulæ inserta non esset, eius tamen ratio à iudice haberetur: idque est quod dicitur *in l plane 38 h. tit.* nec exceptionem doli desiderari. Quod secus erat in actionibus stricti iuris, in quibus nisi quæ in formula expressa erant, iudex admittere & attendere non poterat.

LIT. B.

Non vicissim parti pro vsufructu.] Nihil necessum erat in rationem diversitatis inquirere, cũ liquidissimum sit, usufructuarium heredem nõ esse, cum præsertim Tr. præsupponat, filios ut heredes matri successisse: idque simpliciter: ita notat *Bald in l si putas. C. h. t.* quod filius sit vere heres. Pater autem simplex successor vsufructus: quamuis nec recte successor dicatur, cum

Mm reuera

revera nullo modo succedat, sed bonorum tantum licet omnium consequatur usum fructum: ac proinde nec recte à Treut. singularis vsusfructuarius appelletur.

LIT. C.

Sed tam partem totam.] Probatur hoc satis bene ex *l. mater. 19 de inoffic. test.* cui objicitur *l. 15. § de legat. praest.* Sed nimirum in hac agitur de nuda prætoris tuitione; *in l. 19.* de iure filii ab intestato: cum *in l. 15.* filius iuri testamenti nixi pergat. Sed & maior est effectus querelæ, qua res plane reducitur ad causam intestati, & testamentum tanquam à furioso factum rescinditur, quam bonorum possessionis contra tabulas, qua perita & legata quædam, & substitutiones pupillares conservantur. Sed & dici potest interesse, an institutus velit vti beneficio alterius, qui querela expertus est. vel petijt bonorum possessionem, annon velit vti. In specie *d. l. 15 §. 2.* proponitur filius ex institutione manens heres, quod secus est in specie *l. 19. de inoff. test.* idque ex ratione subiecta apparet, dum dicitur, filiam, quæ testamentum valere putavit, non propterea videri repudiasse legitimam hereditatem.

THESIS X.

Quod hic proponitur, dupliciter notari potest 1. Quod non speciale huic actioni, sed commune est. 2. Quod hoc non tam in favorem petentium statutum videtur, quam potius rei, ne duplici condemnatione afficiatur *per l. 57. de rei vind. iuncta l. pen. h. tit.* Illud autem hic quæritur, quare necessum sit, priorem victorem cavere reo, cum ex regula iuris, qui sine culpa post litē contestatam possidere desiit, fit absolvendus *l. 27. §. de rei vind.* neque vero vlla culpa imputari potest ei, qui iussu iudicis iuxta sententiam rem restituit. Videri possit speciale esse in hoc genere amissionis, & in hoc casu, vbi plures contra eandem litem moverunt, siquidem per sententiam prius latam, alteri ius suum quod pariter in iudicium deduxit, auferri non debeat, cum res litem contestando cum vtroque pariter contraxisse videatur. Sed obstat quod traditur *in l. 58. in fin. de rei vind.* cum qui servum ex causa actionis noxalis tradidit, nō debere damnari ex causa actionis in rem, quoniam nihil dolo vel culpa fecerit. Video sane differentiam inter actiones personales & reales: quæ nimirū si à diversis moveantur, interest ex qua prius reus condemnetur. Si prior reali, opus est cautione, quoniam in personali non quæritur, an quis possidere desierit nec ne: sin prior personali, cautione opus non videtur, quod in reali non condemnetur, qui sine culpa possidere desiit, etiamsi litis contestatæ tempore possederit *d. l. 27. §. 1 de rei vind.* Verum resistit *d. l. 57. de rei vind.* quæ etiam in casu, vbi a diversis actio realis mota est, cautionis necessitatem requirit, quod & traditur *in d. l. pen. de petit. hered.* Dici potest, imò hic quoque cautione opus, quod posteriori cōtra priorem victorem. & forte sententia iudicis dominū pronuntiatum regressus non detur, cum res iudicata pro veritate habeatur: quæ ratio cessat, vbi alio modo & ex alia causa possessio ad aliū pervenit, contra quem liber est ingressus petitori. Sed iterum refragatur *d. l. pen. h. t.* vbi traditur, & quidem in specie actionis realis, quod posteriori causa sit salva contra priorē: quo quidem admisso nihil videtur necessarium, vt ab eo qui primus obtinuit, cautio possessori præstetur. Ferè est vt existimem, versiculum postremum *d. l. pen. melius est &c.* esse à Tribon. cui frequens est eiusmodi clausulis responsa ICtorum quasi emendare.

Si plures experiantur] Infert hinc Tr. ad tertium intervenientē: haud scio an satis bene, quod disputatio ex *d. l. 57. de rei vind. & l. pen. h. t.* ad eū casum pertinere videatur, quo apud diversos iudices diversæ actiones institutæ fuerunt: etenim si apud vnum iudicem duo agant, non videtur nisi vtriusq; causa expedita, ad executionē esse procedendum *arg. l. 1. §. vlt. quæ sent. sine appel. &c.*

THESIS XI.

LIT. A.

Dummodo illa pars sit quota hæreditatis] Parum subtilis videtur hæc limitatio cum in th. proponat actionem hanc non dari, nisi ei qui sit hęres: quoniam nemo ex parte hæres esse potest, nisi partem habeat hæreditatis, adeo quidē vt contradictorium sit, hæredem esse & non habere partem hæreditatis. Neque obstat institutus in re certa, qui siquidem cohæredem habet, revera legatarius, sin minus detracta mentione rei certæ verus hæres est *l. 13. C. de hered. instit. l. 3. §. 4. l. 6 13 l. 10 ff. eod.*

Quia relicta ei est pars bonorum] Dubito an recte legatarius dicatur habere partem vel quotā bonorum: quia hęc denotat partem vniversi, legatarius autem tantum habet rem singularem: neque enim cū simpliciter loquatur, accipi potest de eo, cui pars bonorum legata est, de quo *in l. 8. de legat. 2.* Cæteroquin videtur dari posse quidam legatarius, cui detur petitio hæreditatis, nimirum, qui pars hæreditatis legata est, quod

sc. hic

sc. hic onera hæreditaria sustinet *iuxta l. 8. §. vlt. vbi id notat. Bart. de legat. 2.*

Filio pro legitima hanc actionem dari] Fortassis hoc non recte simpliciter affirmatur, & omnino distinctione & explicatione eget. Et quidē iure veteri filius exhæredatus legitimam sibi relictā particulari titulo hac actione petere non poterat: quod idem existimo iure novo, si filius nominetenus institutus, & rebus certis contentus esse iussus sit, iuxta notata disp. præc. Cæterum si in ipsa legitima, quæ recte de quota hæreditatis explicatur, vel etiam in minore parte heres institutus sit, recte hac actione aut partem illā, aut pro maiori parte hæredē se declarari petet.

LIT. B.

Ait hic totam hæreditatem vindicari etiamsi alter rem minimam possideat. Mihi hic distinguendum esse videtur, ꝙ aut adversarius possidet pro hærede, eoque controversiam hæreditatis ipsi movet: & hoc casu licet possessor rem minimam teneat, jus totum vindicandum erit, siquidem etiam qui vnam rem tenet, pro hærede se gerere, & vniversitatem sibi vindicare potest: eoque referri potest quod dicitur *in l. 1. §. 1. si pars hæred. &c.* petitoris actionem æstimari ex iure ipsius, non ex eo quod possessor occupavit: licet ex hoc loco & illud probetur, quod etiam contra eum, qui pro parte se heredem gerit, hæreditas in solidum vindicari possit. Et hinc rectior ratio desumi potest, cur hæc actio detur contra possidentem rem minimam, quam ex eo quod Treut. ait, rem minimam in ordinariis curari. Quod si autem hæc actio intentetur contra eum, qui simpliciter pro possessore & titulo invalido rem hæreditariam tenet, non putarem necessum esse totam hæreditatē vindicare, sed simpliciter ex causa hæreditatis ad restitutionē cōcludi posse: & hoc casu Tr. ratio locū poterit invenire: etenim dubiū non est quin etiam rem meā licet minimā persequi & vindicare possim.

LIT. C.

Vnde est si quis hæreditatem.] Ait Treut. si quis hæreditatē in solidum petat, & reus excipiat, ꝙ extent alij cohæredes, reum ab instantia esse absolvendum. Sed videri possit hæc nullius momenti exceptio, *quod extent alij cohæredes,* quod potior causa debeat esse etiam partialis hęredis, quam iniusti plane possessoris: hanc enim non pro hærede, sed pro possessore, adeoque vt prædonem possidere, ex hac ipsa excipiendi ratione apparet: neque adeo interesse possit eius, cū ipse nullum ius prætendet, cui frustra replicat Tesaurus, interesse ipsius, si postea à cæteris cohæredibus conveniatur: vel quia conveniri nō poterit, cum sine culpa amiserit possessionem: vel quia remedio cautionis hic succurri potest *arg. l. 57. de rei vind. & l pen h t* Verum hoc modo fortassis excipi poterit, *quod heres in solidum non sit.* Quo facto aut porro contendet actor, & petet in solidum se declarari hæredem, aut errorē & petitionem mutabit & corriget. Illo demum casu, locus erit sententiæ Treut. quoniam probata cohæredum pluralitate, in solidum condemnatio fieri non potest: hoc autem casu recte pars adiudicabitur actori, etiam citra novum processum & litis contestationem, arg. eorum quæ tradunt *Cyn. Salic. & Dd. vulgo in l vn C de lit contest. in fin.* quod qui litem contestati sunt super toto, etiā super parte contestati intelligantur.

THESIS XI.

LIT. C.

Prædo & is qui deiecit.] Non satis bene hi duo tanquam diversę species proponi videntur, cum hic sub illo tanquam species sub genere contineatur.

Quid si titulo singulari & bona fide.] Negat simpliciter contra hanc actionē: quod fortassis non satis convenit cum th. 4. lit. D. vbi sequutus Iason. petitionem hæreditatis simpliciter concedit contra eum, qui causam habet ab hærede, si venditor vel absit, vel modico pretio hæreditas vendita sit, quibus casibus emptor vtique bonam fidem habere potest. Sed sc. Tr. confundere videtur possessorem rei singularis, eum possessore titulo singulari: contra illum non datur hæc actio, etiamsi sit in mala fide, sed datur contra hunc, etiam si bonam fidem habeat. Peccatum autem est in leges methodi, quod eadem quæstio duobus locis tractatur.

Quod probat Bart ex l. 2. C. h t in fin] De explicatione huius l. diximus supra ad th. 4. secundū quam male *d. l 2. in fin.* de rei vindicatione speciali accipitur: & nimirum in specie *d l.* proponitur petitio hæreditatis ratione obiecti, & illa ipsa, quæ conceditur *in l. 13 §. 4 & 8. h tit* ne pluribus & singularibus iudiciis sit agendū. Et quod *in d. l. 2. in fin* dicitur, emptorem rerum singularum iure conveniri minime probat, institutam ibi rei vindicationem, sed contrariam potius esse eam petitionem hæreditatis, sed quæ circa præstationem fructuum vindicationis singularis naturam imitetur, quod sc. vt ib. dicitur, reus proprio possessionis titulo munitus est, vt explicatum *d. th* 4.

Quo respectu directa & utilis.] Accommodat hoc ad præcedentia, quibus enim, qui pro hærede vel possessore possidet, hac actione teneri dixit, vt adeo ex ipsius sententia, illo casu directa, hoc vtilis sit petitio hæreditatis. Atquin hoc verum non est, quod ex persona possidentium his duobus titulis generalibus, actio modo directa modo vtilis sit, sed imo vtroque casu directa est: quod & recte monet *Iaf. in l.1.C.de inoff. test. nu.6.* licet in eo ibidem fallatur, quod nunquam ex persona conventi vtilem esse putat actionem contra *d.l.13.§ 4. h.t.* velut ita in vindicatione singulari ex persona rei aliquando actio vtilis appellatur, de quo *disp. seq.*

THESIS XIII.

LIT. A.

Vnde generatim infertur] Ad id quod th. præced. dixerit, hanc actionē dari adversus possidētem pro hærede & possessore, infert hac th. q detur adversus omnes qui possident titulo invalido. Quæ illatio non satis bona videtur: quod *in d. th. 12.* titulus pro possessore, qui præsertim coniungitur cū titulo pro hærede, possit accipi de titulo vniuersali. Sed & fallacia est homonymiæ in verbo *invalidi*: quoniā ad effectum vsucapiendi omnis titulus cōcurrens cū mala fide: invalidus est: quo sensu falsum est: hanc actionē dari contra possidentē titulo invalido: hic autem titulus invalidus significat titulū plane nullum aut iure improbatū *l.13 § 1.h.t.* Et q vbi titulus iustus per se, licet cū mala fide, adest, non competat hæc actio, probat *l.13 §.8.h.t.* (vbi ex speciali ratione vix actio vtilis contra emptorem vniversitatis conceditur) & *Gloss. in d.l.13.§.1.* dicens titulum prævalere. quam sequitur *Bart. ibid.* & ratio suadet, vt hæc actio vniuersalis, non nisi contra titulo vniuersali possidentem concedatur, quod autem datur contra possessorem titulo invalido & nullo, licet particulari, *d.l.13.h.t.* favore petitoris receptum videtur, vt commodiori actione experiatur, quæ generaliter omnia quæ penes adversarium sunt complectitur, & in qua sola probatio, se esse hæredem, citra aliam probationem dominij sufficit ad victoriam.

Invalidum titulus pro nullo est.] Explicandum hoc est ex præcedd. de titulo revera invalido, & iure improbato, qui requiritur ad hanc actionem fundandam.

Idē si titulo putativo] Rationē subijcit, q licet iustus error instar tituli sit quantū ad vsucapionē, tamen non idē sit ad repellendū petitionem hæreditatis. Ubi hæc occurrunt notāda. 1. quod ex verbis, *& si enim iustus error &c.* efficitur, omni putationi inesse errorē iustū & ita ad vsucapionē semper sufficere titulū putativū, cum tamen hoc non obtineat, nisi iusta existimandi & errandi adsit causa *iuxta l. 11. pro emptore & l. vltim.§ 1. pro suo*: ex quibus limitanda est *l. 27. de vsucap.* de quo alibi. 2. quod inde sequeretur facilius esse, vt ad vsucapionem prosit titulus, quam ad excludendam hereditatis petitionem, quod contra est quoniā vt ante dictū etiā qui mala fide titulo singulari possidet, non tenetur hac actione. Ratio autē Tr. qua in cōtrariū movetur, in verbis, *in vsucapione enim militat*, & c. nulla est, si terminos habiles ponas: quoniam iustus error vindicationē non excludit, nisi vsucapio impleta sit & possessor etiam hæreditatis tricennali præscriptione defenditur cæterū iuxta ante notata qualitas tituli obstat, quo minus actio hæc habeat locum. 3 Illud omnino falsū habendū, quod existimat Tr. etiā contra eum, qui est in conditione vsucapiēdi, hanc actionem recte intentari, quia hæc cōditio necessario præsupponit bonam fidem & titulū singularē: atquin vt sæpe dictum, etiam titulus singularis cū mala fide, hanc actionē excludit. Et solida ratio est, quod hæc actio non datur, nisi adversus possidentem pro hærede & prædonem, qui pro possessore, id est, titulo vel nullo, vel omnino invalido, & iure improbato rem tenet, *l.13.§.1.h.t.* omnis autem pro possessore possidens prædo est & sine titulo possidet *l.11.§.1.l.12. & 13 in princip. h tit.* quæ ius vsucapiendi habenti nullo modo convenire possunt.

LIT. C.

Vt defunctus nō possit gravare vnū hæredē.] Intellige ita, vt impedire nequeat, quo minus potestate XII. tabb. obligatio dividatur: vt tamen q alter hæres præstitit, actione fam. erciscundæ à gravato consequatur: quoniā nec exceptionem hæc dispositio testatoris cohæredibus parere potest: q secus erit, si testator inter vivos cum creditore pactus sit, ne à se & aliquo hęrede petatur, qui casus est *l. avus. d. pact.* de quo ibidem, & an vni ex hæredibus provideri possit citato loco tractat Zas. de qua re dictum supra *ad disp. 6. th. 6.*

LIT. D.

An contra illud defuncti factum.] Negat, quod hæres rē suam vindicando possit venire contra factum defuncti: quod intellige pro qua parte hæres est *ex l. 14. C. de rei vind.* quoniam pro hac parte tantum repræsentat defunctum, vt ipse Treut. ait *lit. C. in princ.* Et hic tamen distingu-

guendum inter actum iure inualidum & improbatum, ex quo nec ipse agẽs cum obligetur, nec ex eo obligatio in hæredes transmitti, eoque iure tale factum ab hæredibus impugnari potest, vt docet *Bald in l. 2. C. de inoff. donat.* & in terminis *Rich. de vnion prol. cap. 7 n. 77.* (vbi *à num. 66.* per multos sequentes prolixe quæstionem illam, an & quatenus hæres contra factum defuncti venire possit, tractat:) & inter actum validum, ex quo agens obligatur: idque videtur innuere Tr. dum proponit factum iuri consentaneum: quæ verba alias ambiguam habent significationem, cum rem alterius alienare, suo modo minime iuri conueniat. Quod autem præcedit *ita vt de euictione non teneretur*, *&c.* aut ego non capio, aut falsum esse oportet, qui necessum est v. c. defunctum, qui vendidit rem alienam, obligatum fuisse de euictione, vt hæres rem vindicans conueniri vel exceptione repelli possit *ex l. Seia 73. in fin. de euict.* sicut ex aduerso posito casu, quo defunctus de euictione obligatus non fuisset, vel quia rem donasset, vel quia ita expresse pactus esset, hæredi rem vindicanti exceptio obstare non posset: quem casum in terminis tradit *Bart. in l. vltim. § in computatione, 9. Cod. de iur. deliberand. n. 6. v. contra.* LIT. E.

Ampliat præcedentem propositionem Tr. vt etiam filius qui tantum legitimam consecutus est, vindicando rem à patre alienam, exceptione, pro rata scilicet, repelli possit. Quam sententiam vix admittẽdam puto: quo ita nullo negotio legitimæ fraus fieri, & leges præsertim Iustiniani, quę legitimam omnimodo & sine vlla diminutione ex bonis ipsius patris filio deberi volunt, facile eluderentur. Ideoque, filium, vt maxime summo iure, exceptione repelli possit, replicatione, vel si possideat, aduersus actionem de euictione exceptione defendendum existimauerim. Neq; deest quod respondeatur *ad l. 14 C. de rei vind.* vel quod magis patris quã matris hæreditas liberis debetur, quibus etiam illa, SCto demum delata fuit: vel quia a Iustin. legitimæ iura sunt adaucta: vel quia *in d. l. 14.* filius simpliciter proponitur: hæres ex parte, in qua ampliꝰ legitima fuisse intelligendum est: vel denique quia *in d. l.* filius consideratur tantum qua hæres: debet autem & potest etiam considerari qua filius, cui portio illa ab ipsa natura, imo vt Iustin. loqui solet, tanquam æs alienum debetur. Neq; obstat ratio Doctorum relata a Bart. *dicto loco, & Ias. ibid n. 10.* quod per debita hæreditaria legitimam minui, imo non ante deberi, nisi computato & deducto ære alieno, constat. Etenim hoc locum habet: vbi pater super rebus suis proprijsque contraxit, non vero vbi contra bonam fidẽ res filij alienauit. Et hanc sententiã, aut ratione ante dicta, quod alijs filius in effectu legitimam non haberet, probat *gl. in d. §. 9 l. vlt. C de iur. delib.* qui Iason *ibi n. 10.* male appellat falsam, (quin falsa potius gloss. contraria *in d. l. 14. C. de rei vind.* male eandem Bart. (non recte à Treutl. citatus) ad casum, quo pater de euictione non teneretur restringit.

THESIS XIV.

Quæstio hic proponitur ab hoc loco aliena ad materiam interdictorum pertinens, & quæ sane separatam & singularem thesin non merebatur. Sententia autem negans, quod occupata possessione rei hæreditariæ, dum videlicet adhuc hæreditas iacet, (quoniam in casu iam aditæ hæreditatis, licet nondum apprehensa possessione, paucis exceptis, cæteri Dd. omnes affirmant) non sit locus dispositioni legis vlt. videtur esse communis, quam probat Cyn. *in d. l. vlt num. 7. Salic. ibid. num. 3. in 7. quæst* quod videlicet *d. l. vlt.* loquitur de casu, vbi res vacans alterius occupata fuit, res autem hæreditaria nullius est in bonis *l. 1. §. 1. de rer. diuis.* Verum non videtur ad mentem Iustiniani, vt verba captentur: & constitutionis ratio præcipua in ea est, quod occupatur res, quam quis scit non esse suam: & cum passim hæreditas defuncta personam repræsentare dicatur, etiam quoad hunc effectum poterit: maxime si consideremus ius proximum hæredis futuri & euentum aditæ hæreditatis, quo facto, retro adita hæreditas fuisse, fingitur *l. 138. & 139. de reg. iur.* Neque mouet quod Bart. hic respondet, fieri hoc per fictionem, quam negat satis esse ad inducendum illud remedium. Etenim fictio tantum operatur quantum veritas, & quod præcipue locum huic remedio facit, est ex altera parte vera rei alienæ occupatio: neque ex eo, quod hæreditas nondum adita est, conditio inuasoris melior fieri debet. Ratio autem Treutl. quod in possessione multum sit vtilitatis, longius petita videtur: quia non sufficit, actorem commodum suum prætendere, vt alias requisita, & qualitates cuiusque actionis seu remedij adsint.

THESIS XV.

LIT. A.

Contra debitores hæreditarios] Hanc differentiam inter actionem hanc, & interdictum quorum bonorum, quod contra debitores hæredi-

donationis sapiet naturam, & mortuo patre in legitimam imputabitur.

LIT. D.

Assignari debet iudicis arbitrio] Ambiguè & obscurè hoc dici videtur. Equidem quantitas ipsa legitimæ satis iure definita est: & vbi liberi vel ab intestato vel etiam aliàs ex testamento hæredes existunt, de legitima non quæritur, sed tum demum, vbi fortassis iuxta *Nou.115.c.5.* filius in rebus certis, ita vt integram legitimam non habeat, institutus est: vt proinde non rectè affirmetur in genere, vbi legitima à patre assignata non est, à iudice eam assignandam esse. Quin & legitima sine iudice à libris accipi potest: & illius officio tum demum opus est, vbi de corporibus & speciebus inter hæredes controuersia est, cui controuersiæ etiam circa quartam Falcidiam vel Trebellian. locus esse potest. Planè casus singularis, quem etiam Menoch citat. loc. tractat, nullam cum præcedentibus habens affinitatem, ita nudè proponendus nõ videbatur.

Coronidis loco] Hæc quæstio tractata supra ad th.11.lit. D.& otiosè hic reperitur.

DISPUTATIO XIV.

DE PETITIONE HÆRED.

Respondente

IODOCO SCHELTING: Fris. Occid.

THESIS I.

LIT. C.



QVO *respectu indiuidua.*] Vtique omne ius incorporale indiuiduum est: & tamen in eo non assentior Treutl. quod quæcunque in contrarium dici videtur, de subiecto hæreditatis, & rebus hæreditarijs accipienda existimat. siquidem *in l 9 § hæredes.12.de hæred inst.* ius diserte diuidi dicitur, nõ quidem quasi hæreditas iam constituta in alicuius persona diuidatur, sed quòd testatur instituendo plures hæredes efficiat, vt in singulorum persona diuisum & diuersum ius existat: quod tamen non fit potestate testatoris, sed legis XII.tabb quæ non res hæreditarias, indiuisas manentes, sed omninò ipsum ius diuidit, vt tamen subsequatur voluntatem defuncti, diuidendo ius proportionibus, quas testator assignauit: quo scil. respectu *in d.l.9.§.12.* ius à testatore diuidendum esse dicitur, quoniam non adscriptis partibus omnes æqualiter futuri essent hæredes.

Communionem recipit, diuisionem non item.] Nimirum occurrere vult obiectioni, quæ a cõmunione deducitur ad diuisionem: quæ etiam illatio, si de diuisione non crassa & reali, sed magis intellectuali quæratur, vera esse videtur, siquidem ipsa communicatione, rem quodammodo in partes diuidi necessum est: & multò magis, quod in communicatur, diuiduum esse dicendum erit, & distincta vocis ambiguitate idem & diuisum subtilius. & ratione corporum diuiduum dici potest. Ceterum quoad propositam quæstionem. quod de communione hæreditatis passim legitur, non tam ad ipsum ius, quam potius, contra quam existimat Tr. ad res hæreditarias pertinere videtur, quomodo etiam non iuris, sed rerum diuidendarum gratia iudicium fam.ercisc.instituitur.

LIT. D.

Successio in vniuersum ius.] Genus hoc improprium est, quod scil. ipsa hæreditas successio non est, sed potius hæreditatis acquisitio: velut passim hæres successor vniuersi iuris dicitur. Neque placet his eorum sententia, qui hic confingunt aliquod ius à morte defuncti existens, de quo *infra p.2.disp 12.lit A.* quod ipsum tamẽ successio dici non posset: neque in nouum aliquod ius à morte demum constitutum, sed in ius defuncti succedit hæres: & quomodo bonorum possesio dicitur ius persequendi, *l.3.§.1.de bon.poss.* ita & hæreditas succesio appellari videtur.

Personam defuncti repræsentans.] Traditur hoc *in leg.31.in fin.de hæred.instit. & in §.seruus.2.Instit.eod* vbi adijcitur, quod repræsentet defuncti personam non hæredis futuri. Cui obstat *l. nouatio.24.in fin. de nouation.* his verbis, morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed trãsit ad hæredem, cuius interim personam hæreditas sustinet. Neque enim ferri potest, quod *Gloss & Bart.in d l 24* verbum, *cuius*, referunt ad promissorem defũctum. Rectius dicitur, si consideretur euentus aditæ hæreditatis, quoniam hoc facto fictione iuris hæreditas cum tempore mortis continuatur *l omnis 138 de reg iuris.* & perinde omnia habentur, ac si sub tẽpus mortis cõtinuo hæredes extitissent *l õnia 193.de reg.iur.* & hæres qui adijt ex mortis tẽpore defũcto successisse intelligatur *l 28.§.4.de sti.se.l.hæ.54.de acquir*

quir. hared. eo respectu hæreditatem videri repræsentare personam hæredis: ex quo respósum est *in d § 4 l. 18.* quod servus hæreditarius etiam hæredi futuro utiliter stipuletur: Quod si remota iuris fictione ipsum instans, & rei veritatem, & incertum eventum hæredis forte præmorientis aut repudiantis attendas, necessario statuendum est, quod hæreditas interim repræsentet personam defuncti: quam rationem forte appellat *Accurs in d. §. 2. l. de hared. instit* Nec male *Iohan Fab. ibid.* inspici personam defuncti, vt actus valeat, sed hæredis, quoad acquisitionem

Vbi aditur patrimonium haredis, &c] Siquidem tum confunditur cum bonis eius, qui hæreditatem adivit: licet titulus maneat, nec omnimodo etiam respectus hæreditatis aboleatur: veluti si de Falc. detrahenda agatur: idque hodie magis obtinebit, si hæreditas cum beneficio inventarii adita proponatur.

THESIS II.

LIT. A.

Nimirum stricta plane hic & specialis verbi, *actionis* significatio est, vt actionem in personam tantum designet, *ex l. 178. de V. S.* quoniam *in l. 25. de oblig & act.* petitio non actioni, sed conditioni opponitur: & cum omne genus de sua specie prædicetur, non dubium est, quin etiam petitiones varie & proprie actiones habendæ sint *arg. d. l. 25. & §. 1. Instit. de action.*

LIT. B.

Omnino esse actionem realem.] Equidem vt jam dictum petitiones, actiones in rem sunt *l. 28. de oblig & act.* & ipsa actionis formula actionem in rem esse arguit, dum petimus nos declarari hæredes & res restitui, & omnino hæreditatem nostram esse intendimus *l. 3. h. t.* & vindicationes omnes in rem sunt § *appellamus. Inst de act* inter illas autem hæc actio refertur *l. 1. in pr de rei vind.* idque ipsa titulorum series in Pandectis & Cod. arguit: quo pertinet, quod hæc actio non tam ex obligatione, quã ex dominio descendit, & contra quẽcunque possessorẽ datur, quæ propria actionum in rem nota est, *l. 25 de oblig. act.* *facit l. 9. C. h. t. l 25. §. 18 eod. l 27. §. 3 de rei vind.* Attamen dicitur hæc actio personalis mixta *l 7. C. h. t.* & vtcunque in rem principaliter, sit, præstationes tamen habet personales *d. l. 25. §. 18.* & ratione eius, quod falsus hæres gerit, exigendo vel solvendo debita, aut faciendo impẽsas, quasi cũ eo, qui postea hæredẽ se probavit, cõtrahere videtur, perinde ac si negotia administrasset: vt nihil obstet, quo minus hoc respectu actio ista mixta personalis debeat appellari iuxta *d. l. 6. C. h. t.* Neque enim fieri potest *Bell in 2 supput 3.* explicatio; quod *in d. l 7.* dicitur, ad duplicia iudicia referẽtis hoc sensu, rationem actionis familiæ erciscundæ, quæ triginta annis durat exigere, vt idẽ in petione hæreditatis observetur. Male etiam *Cyn & Bart in d l. 7.* ideo 30. annis durare docent, quod detur contra titulo nõ possidẽtem: cũ Imp. expressè, ex eo, quod actio sit personalis mixta, durationis illius causam desumat. Et verò si aliæ quoq; actiones hoc sensu mixtæ dicuntur, vt ostenditur *infra disput. 19 th. 1.* etiam hæc ita appellari poterit. Facit, quod nõ simpliciter poss. florẽ, sed quatenus se pro hærede gerit, hæc actio persequitur: tum etiã, quod actio hæc respectu præstationum illarum personaliũ bonæ fidei, quæ qualitas actionum in personam propria est, etiam olim habita fuit.

THESIS III.

LIT. A.

Alia pratoria.] Generalius loquendo, & considerato effectu: cæterum constat, quod prætor hæredem facere non possit, *in prin. Inst. de bonor. poss.*

LIT. C.

Sed quia & fideicommissariam.] Hoc idem magis probat *Accurs. in l. 2. de fideicommiss hered pet. & Bart l. vltim. eod.* Sed dubium facit, quod SCta iuris civilis partes sunt, & ex ijs venientes actiones referuntur inter civiles, & opponuntur prætoriis *in prinс. Instit de perpet. & temp. act* Et cum actiones dicuntur contra iuris civilis regulam transire, ius civile in specie & per excellentiam pro iure antiquo XII. tabb. accipitur, quo sensu etiam constit. Impp. sæpe iuri civili opponuntur: & alias successiones ex SCtis Orphit. & Tertull. in prætorias essent referendæ, contra *l. 3 in fin. h. t. & l. 7. in princ. de cap. minut.* vbi sub novis legibus etiam SCta comprehenduntur. Et igitur siquidem SCta iuris civilis sunt, etiam qui ex his succedit, non prætoria, sed civili petitione hæreditatis vtetur; quam consequentiam male negat *Accurs in d l. 2. de fideicommis. hæred. pet.* & eiusdem instantia vitiosa, quod licet contractus iuris gentium sint, actiones tamen sint iuris civilis: quia & hoc falsum est, & diversa iurisgent. est ratio, quod in singulis rebuspubl. indiget subsidio & assistentia iuris civilis. Hinc nec Bartoli distinctionem probandam existimo, an fideicommissarius ex persona hæredis an nomine suo agat: quia hoc etiam casu civilem actionem esse rectius statuitur: nõ obstante

te *l.2.d.tit* in qua, vt iam dictum, intelligitur ius civile antiquum.

Recte Accursius ita explicat.] Vera illa explicatio est ex *l.36 in princ. ad Trebell.* vnde etiã Publiciana competit *l.12.§ 1. de Public. act.* neque tamẽ necesse est ponere, quod nihil actu acceperit fideicommissarius, quin hic etiã realẽ possessionem nactus contra eum, qui controversiam hæreditatis movet, recte hac actione experietur.

THESIS IV.

LIT. A.

Quæ quomodo differat.] Non obscuræ differentiæ sunt harum actionum, quod altera vniuersalis, altera singularis est, quod altera contra nõ titulo, altera contra titulo possidentem datur. Illud non satis capio, quamnam in sequentibus intelligat differentiam a quibusdam traditam, quod is qui hanc actionem intendit, possessionem nondum adeptus sit, quoniam hoc ad rei vindicationem singularem pertinere videtur, in qua certum est agere cum, qui non possidet, petitione autem hæreditatis, etiam qui res hæreditarias possidet, recte experitur: quia hic non tam principaliter de re possessa, quam potius de iure possessoris, an hæres sit nec ne, disceptatur, eoque principaliter actor, declarari se hæredem petit: quo modo explicatio hæc differentiæ non vsque adeo absurda erit. Nisi forte Treutler. eo respexit, quod petitione hæreditatis agere potest, qui nunquam possessionem adeptus est: quod in rei vindicatione regulariter secus, cum dominium citra possessionem non acquiratur. Et, vt citato loco VVesenb. scribit, hæres vbi semel possessionẽ adeptus est, ea admissa speciali in rem actione vti debet: quod ipsum tamen simpliciter verum non est: quid enim si possessionem eius rei adeptus sese pro hærede gerat?

LIT. C

Quid pro hærede vel pro possessore.] Subiicit in allegatis, sive sit hæres iure civili, sive bonorum possessor iure prætorio. Quæ, si pro explicatione eius, quod in thesi proponitur, accipiantur, male se habent: quia ibi cõfunditur titulus pro possessore, qui prædonis est *l.11.§.1. cum l.seqq.h.t.* cũ titulo pro possessore prætorio eius, qui bonorum possessionem ex edicto agnovit, qui pridem in hac materia, cum prædonem ei qui pro hærede possidet, opponimus, pro hærede possidere dicitur *l.11. in fin pr. h.t.*

Ergo qui bona fide.] Ait eum qui bona fide ex iusto titulo rem possidet nequaquam teneri petitione hæreditatis. Vbi si à contrario sensu colligere licet, existimare videtur, quod contra quemcunque malæ fidei possessorem hæc actio detur. Et tamen etiam qui mala fide possidet singulari titulo, petitione hæreditatis nõ tenetur, vt recte notat *gloss. in l 1. C. h. t.* cui non obstat *l.3.§.1.h.t.* quia aliud est, deficere bonam fidem, aliud, titulum omnino esse invalidum & nullum; quo casu favore actoris, ne dominium probare cogatur, petitio hæreditatis cõceditur, quod etiam tradit *Salic. in d. l. 1. num. 8 in pr. C. h.t.* Deinde confundere videtur Tr. titulum iustum cum titulo singulari. Etenim licet quoad effectum usucapiendi nonnisi titulus singularis iustus sit, quoniam nullus est titulus, quo vsucapiamus hæreditatem: attamen in hac materia, vbi de iure possessoris quæritur, qui verbi causa se ab intestato proximum agnatum, vel testamento heredem scriptum existimandi iustam causam habens: res hereditarias tenet, iustum titulum habere recte dicitur quod bene advertit *Salic. in l. hereditatis 6. in pr. C. h.t.* vbi ait dicẽdum, quod petitio hæreditatis detur etiam cõtra possidentem titulo vniuersali, licet Dd omnes contrarium statuant: quorum tamẽ opinionem cum illa conciliare facile est, quod Dd. titulum ad usucapiendum habilem intellexerunt qualem qui habet, petitione hereditatis regulariter non convenitur.

Quid de eo dicemus.] Proponitur hic quæstio non expedita satis, an petitio hæreditatis detur contra eum, qui ab herede titulum consecutus est. Videlicet, quod omnino addẽdum translata vniuersitate, vel eius parte, de quo casu est *l. 13.§ 4 h.t.* siquidem, qui rem singularem à falso etiam herede verbi causa emit, neque controuersiam hæreditatis mouet: nullo modo hac actione tenetur. Et Tr. tribus casibus affirmat quæstionem, ex quibus tertius, de eo qui lite pendente emit, non satis bene accommodatur propositæ quæstioni de eo qui convenire poterat: quoniam ubi lis pendet, iam possessor cõuentus est. Sed & amplius cum quæstio generalis sit de titulo, responsio tantum est specialis, de emptore: cum tamen idem quæri possit, vbi titulo permutationis vel donationis in alium translata est hæreditas.

Si hæreditatis venditor non extet.] Ratio redditur *l.13.§.4.h.t.* ne singulis iudiciis possessor vexetur. Ex quo colligere licet, proprie loquẽdo, & propriam petitionem hæreditatis non esse, quod emptor nullam moveat controversiam hæreditatis, sed tantum ita dici, quod in condemna-

demnationem universitas rerum venit, vt tamen quoad alia, v. c. fructus naturam vindicationis singularis sequatur: & ita duplex quodã modo statui poterit petitio hæreditatis, altera propria ratione tituli, altera impropria ratione obiecti. Et inde præter interpretum mentẽ explicãdam existimo *l.2.C.de pet.hæred.* in qua proponuntur duo casus emptæ hæreditatis sive partis, mala & bona fide. Illi omnes omnino fructus hoc tantum à tempore litis cõtestatæ restituendi dicuntur. Obiici poterat, frustra separatim de fructibus responderi, cum hi augeãt hæreditatem, eoque tanquam eius pars cum ipsa hereditate & peti & restitui intelligãtur. Hęc obiectio removetur *in vers.fructibus enim, &c.* quod hoc obtineat in petitione hereditatis vera, quæ datur contra eum qui possidet titulo vniuersali: locus autem in impropria, quæ ita dicitur ratione obiecti, & in qua adeo, vt eleganter *in fin. d.l.* subiicitur, possessor titulo munitus, singularum rerum iure convenitur: id est, vt ead. ratio sit restituendorum vel lucrandorum fructuum, quæ in vindicatione speciali. Ex quibus convellitur explicatio Cyni & aliorum, qui in primo casu *d.l.2.* petitione hæreditatis, in altero rei vindicatione singulari agi existimant, quod videtur sequi *Donell.19.commen.* 12. & corruit disputatio *Salicet.in d.l.2.* quomodo petitio hæreditatis possit dari contra titulo possidentem: ubi quidem respondet ille, in habentibus symbolum faciliorem esse transitum, & emptorem quasi esse iuris, & quodammodo se gerere pro Hærede. Hinc etiã efficitur, quod contra emptorem rei singularis nulla plane modo & nulla petitio hæreditatis detur, cum præsertim cesset ratio *d.l 13.§.4.h t.* contra quam videntur communius existimare Dd. quos refert & sequitur Iason *in §.actionem, inst. de action. nu.* 21 c. quorũ ratio, ne melioris conditionis sit emptor quam autor eius, non concludit: vel quia melior conditio non est, cum vterque ad restitutionem, licet diverso actionis genere teneatur: vel quia diuersitatem includit diversa qualitas & rei & possessionis.

Aut lite pendente emerit.] Dubium hoc videtur, quod ex vulgata regula iuris dolus sit pro possessione, & iudicium ceptum, contra eum qui dolo possidere desijt, continuetur *l.69.cum seqq. de rei vindic.* (etiam in eum qui dolo possidere desiit, de novo detur *l 27.§.3.de rei vind*) et proinde nulla videatur necessitas actionis vel dandæ vel transferendæ in novum possessorem, nisi forte casum singularem paupertatis in venditore proponas, ut actio in novum possessorem sit concedenda. Neque facit pro Tr. *l.1.C.h t.* quoniam aliud est, controversiam motam, aliud litem pendentem esse. Neque propter dolũ emptoris videtur variari debere genus actionis: q̃ licet Cyn.& alij Dd. ita statuant *in d.l* 2. ex eo tamen loco non probatur: cum ibi non circa genus actionis, sed circa restituendos & præstandos fructus inter malæ & bonæ fidei emptorem differentia statuatur: itaque in specie *d.l.2.* etiam contra bon. fid. emptorem petitionem hered. dari statuimus.

LIT. D.

Licet olim stricti iuris.] Subijcit in exegesi, cum in cẽtum virali iudicio agitaretur. Quod ita intelligendum est narrative ita diei: quoniam locus iudicij vel persona iudicis, ut actio bonæ fidei vel stricti iuris sit, non efficit. Illud tamen non recte Tr. quod tempora illa priora, quibus in iudicio centum virali tractata fuerit hæc actio, opponit seculo Iustin. ante quem longe iudicia illa in vsu esse desierant. Cæterum non semper in iudicio illo, sed etiam coram judicibus datis hanc actionem propositã fuisse, plurimis legibus sub hoc titulo evincitur: ut fortassis interfit an de iure, an de facto in controuersiis hereditariis inciderit quæstio, ut etiam notatum ad disp. præced.

Actiones reales omnes stricti iuris.] Rectius dixisset, esse neque stricti iuris neque bonæ fidei. Omnino enim verius existimo divisionem illã propriam esse actionem in personam *arg.* § 28. *l.de action.* quod præsertim à præstationibus illis, de quibus in actionibus personalibus disputatur, diversitas illa bonæ fidei & stricti iuris præcipuè dependere videtur. Porro cum iuxta notata ad *disput.11.thes.5.* actiones arbitrariȩ proxime accedant ad naturam bonæ fidei actionũ, fortassis actiones reales, quæ arbitrariæ sunt, non recte stricti iuris appellabuntur.

LIT. E.

Hodie tamen bonæ fidei effecta] Verius puto, etiam olim actionem hãc pro bonæ fidei iudicio habitam fuisse. 1. per *l Seia. 42. in pr. de mort caus. donat.* vbi verbis, *bona fidei iudicio constituto*, omnino videtur significari petitio hereditatis, eaque opponi rei vindicationis singulari: quod recte docet *Anton. Fab.* 14 *coniect.* 18. vbi refutat Cuiac. ex eo textu male probare conantem, quod opposita exceptione doli iudicium stricti iuris, bonæ fidei efficiatur. 2. Quod hæc actio

semper in se habuit præstationes personales *l.25. §.18. h.t.* quarum respectu hæc ratio personalis, adeoque bonæ fidei fuit. 3. Quia, quod propriũ est actionum bonæ fidei, exceptiones huic actioni insunt *l.38 ff.ll.t.* de quo mox ad th 9 lit. A. Neque obstat §.28 *Instit de action & l ult.C h.t.* vel quia Iustin. expressius hoc constituir, vel quia alias sæpè Justin. iam olim recepta, sibi arrogare solet.

Sed an hoc etiam verum.] Recte hoc Tr. quod etiam fidei commissaria hæreditatis petitio bonæ fidei sit: neque potest dari ratio specialitatis vel differẽtiæ: etenim ratio Iasonis loc.cit. quod hæc petitio hæreditatis non sit enumerata *in §. 28. inst de actio* perspicuè falsa est, cum vtiq; sub genere species contineatur. In eo tamen lapsus Videtur Tr. quod adducit *l ult.§ sin autem 2 in prin.C h.t* cuius verba ita habent, sin autem libertates vel à possessore vel à petitore fideicõmissariæ petantur, vel directæ ipso iure competere dicantur, &c. ex quibus apparet loqui Iustin. non de petitore fideicommissario, sed de seruis qui super libertatibus siue per fideicommissum siue directo datis vel possessorem hæreditatis, vel petitorem interpellant.

Vt eius natura immutata] Male vtitur hoc verbo, quia, vt paulò ante ostẽsum etiam ante Iust. ista petitionis hereditatis, vt bonæ fidei esset, natura fuit.

LIT. F.

Non idem in actione in testamento] Proxime tamen ad naturam actionum bonæ fidei, accedit. Differentia autem eius à petitione hæreditatis non est in obscuro: hæc vniversalis, illa specialis est, hæc heredi, illa legatario, hæc ex dominio, illa ex quasi contractu datur, hæc in rem, illa in personam.

THESIS V.

Brevis hæc thesis & ieiuna est, nec quicquam hic notandum, nisi quod mala oppositio est inter successionem ab intestato, & successionem ex SCtis: quia etiam ex his ab intestato succeditur. Et igitur dicere debebat: succedit vel ex testamento vel ab intestato, & hic vel ex LL.xii. tabb. vel ex LL. novis constitutionibus vel SCtis.

THESIS VI.

LIT A.

Affirmat hic Tr. posse, quem ex duabus causis esse heredem cum Bart. *in l.3 h.t.* Verum cum hæres dominium significet, nec quisquã ex duabus causis dominus esse possit, vix est ut ex duabus causis sit hęres Et vt in casu & exemplo Tr. maneamus si Titius ab intestato heres Sempronij, testamento instituerit heredem Caium, iste hereditatem quoque Sempronij, nonnisi ex testamento habebit, ut quæ aditione Titij iam cum ipsius bonis & hæreditate cõfusa, & ita simul in Caium transmissa sit. Quod si aliusquispiam hereditatem Sempronij sibi asserat, Caius non tanquam Sempronij sed tanquam Titij heres & nomine Titij hereditatem illam vindicabit.

LIT C.

Dixi si eius intersit] Nihil hoc opus erat in specie monere, quod generale, ut nèmo in iure interrogetur, nisi partis alterius intersit.

THESIS VII.

LIT. A.

Ex quo illud probabile videtur.] Non apparet, quis sit huius rei usus aut effectus, ut petitor nõ cogatur exprimere, an ex testamento an ab intestato petat hereditatem: quoniam possessore negante ius petitoris, fieri non poterit, quin hic necessario causam petendi testamentum aut legem, in iudicio deducat.

LIT. B.

Ait hic, quod ex testamento heredem se dicens, teneatur hoc probare per ostensionem testamenti non cancellati, adducta ad hoc *l ult.C. de edict. Div. Adrian.* Verum ita confundere videtur petitionẽ hereditatis, cũ remedio *d. l. ult.* quod tantũ possessorium est, interdicti loco, & per quod non consequimur, ut heredes declaremur, sed tantũ vt in possessionem rerum singularum immittamur, de quo agitur *infra 2. disp. 25. th. 1* Et verò ad obtinendam victoriam in hoc iudicio petitorio non sufficit exhibitio testamenti non cancellati, sed exceptiones testamenti falsi, rupti, irriti, &c. admittuntur.

Sed an institutus in re certa.] Aliena plane ab hoc loco immiscetur quæstio, an huic succurratur per remedium *d l. ult.* & commodius quæsivisset, an instituto in re certa detur petitio hereditatis. Distinguit autem Tr. an coheres simpliciter institutus, iam adierit hereditatem, an nondum adierit, quo casu instituto in re certa remedium istud cõcedit: quæ etiam traditio est *Bart. in d l fin.C. de edict. Div. Adrian. nu. 8.* Et hoc tamen rationi iuris nõ convenit quin absurdũ est in casu isto, quo verus hęres fortassis aditurus est, instituto in re certa, qui re ipsa legatarius est *l quoties 13. de hered. instit.* remedium hereditarium accommodare: vtique vero herede adeunte institutum illum in re certa retro, & semper

semper legatarium fuisse apparet. Maior dubitandi ratio erit, si casum heredis certo non adituri proponas. Equidem Dd vix dubitant, quin hoc casu institutus in re certa veri heredis induat naturã, per notata *in d. l ult. & in d. l. quoties C. de hered. instit.* Et tamen dubitare licet, an qui semel & ex ratione juris & initio legatarius fuit iuxta *d. l. 13.* ex eventu incerto mutari possit in heredem: quoniam testator ipse iure scivisse, & taliter institutum pro legatario habuisse præsumitur. Possit quis existimare interesse, an coheres datus deficiat vivo testatore, an demum post eius mortem: illo enim casu facilius admiserim, institutum in re certa, qui tempore mortis, quo præcipuè de viribus testamenti quæritur, solus reperitur, pro herede habendum esse. Sed de his plenius agitur *infra part. 2 disp. 12. th. 1.*

LIT. C.

Debet probare se proximum agnatum.] Exempli loco hoc positum accipiendum est; tum quia nulla hodie agnatorum prærogativa, tum quia etiam quidam ordo ab intestato succedendi coniugum est de quo *infr. p. 2. disput. 16. th. 6. lit. A* Jllud autem difficile videtur, vt quis præcisè se proximum cognatum probare cogatur: quod hæc probatio impleri non possit, nisi quis nullum se proximiorem ostendat, in quo implicatur probatio negativæ. Et ideo rectius dicitur, hanc quidem debere esse intentionem, difficultati autem probationis vel remedio publicæ citationis, vel cautionis de restituendo succurrendum esse.

THESIS VIII.

Quid si non sit petitum.] Quamvis in hac actione dicatur vindicari hereditas *l. 1. §. 1 si pars hered. petat.* hoc autem sit contendere se esse heredem, quippe quod etiam contra eum qui rem vnam tenet, tota vindicatur hereditas, cum non æstimetur ius possessoris, sed petitoris *d. l 1. §. 1.* Attamen non dubitandum, quin etiam rectè intendat quis, res hereditatis sibi tanquam heredi esse restituendas: & videri possit in hoc, quod quis se heredem dicit medium esse concludendi propter quod possessor ad restitutionem sit condemnandus: quod similiter in rei vindicatione singulari obtinere videtur *arg. l. 68. de rei vind.*

THESIS IX.

LIT. A.

Ait hic quod etiam filio detur hæc actio adversus patrẽ, si agatur de successione materna. Equidem potest etiam de alia successione, quã matris agi, quæ filio delata sit: Cæterum distinctione opus, an filius emancipatus sit, an adhuc in patris potestate. illo casu adeo verũ est, quod Tr. ait, ut nec ratio dubitandi supersit, de quo agitur *in l. ult. h. tit.* hoc autem casu falsum videtur, per tex. expressum *in l. 4. de iud. c.* Et cum ex ratione iuris filiusfam. nisi casibus singularibus plane agere non possit, multo minus poterit adversus patrem. Et interim igitur si pater bona tanquam heres possideat, tempus illud quo in potestate est, filio non curret, quo minus postea sui iuris factus libere vindicet hereditatem iuxta *l. 1. § fin. C. de ann. except.* nisi quis existimet filio per officium iudicis subveniri debere, arg. eius quod est *in l vlt in fin pr C. de bon. quæ lib.* vbi filius patre recusante administrationem officiũ iudicis super constituendo curatore implorat. Etenim cum filius bonorum adventitiorum habeat vsumfructum, ratio iuris antiqui de quo *in d. l 4. de iudic.* aliquo modo cessare videtur.

Sed quid est quod ait d. l. finalis] Agit hic de interpretatione verborum *l. ult. h. t. et si non exciperetur, satis tamen patri per officium iudicis consulis* quæ sc. Tr. de puncto executionis post sententiam latam accipit, quod etiam hic expẽsarum, non quidem per exceptionem, sed officio iudicis ratio habeatur. Verum explicatio hæc omnino erronea, vitiosa, & ratione iuris aliena est: tum quia locum illum ita accipit, quasi ibi exceptio doli non competeret, cum tamen verba, *& si non exciperetur*, omnino arguant contrariũ: tum quia nulla ratio suadet, aut coniectura, vt illum locum ad casum executionis referamus: tum quia officium iudicis actionem respicit nõ executionem, quæ fit à prætore, executore dato. Verus autem loci illius sensus est, exceptionem inesse actioni, ita vt licet formulæ inserta non esset, eius tamen ratio à iudice haberetur: idque est quod dicitur *in l plane 38 h. tit.* nec exceptionem doli desiderari. Quod secus erat in actionibus stricti iuris, in quibus nisi quæ in formula expressa erant, iudex admittere & attendere non poterat.

LIT. B.

Non vicissim parti pro vsufructu.] Nihil necessum erat in rationem diversitatis inquirere, cũ liquidissimum sit, usufructuarium heredem nõ esse, cum præsertim Tr. præsupponat, filios ut heredes matri successisse: idque simpliciter: ita notat *Bald in l si putas. C. h. t.* quod filius sit vere heres. Pater autem simplex successor vsufructus: quamvis nec rectè successor dicatur, cum

reuera nullo modo succedat, sed bonorum tantum licet omnium consequatur usum fructum: ac proinde nec recte à Treur. singularis vsusfructuarius appelletur.

LIT. C.

Sed eam partem totam.] Probatur hoc satis bene ex *l. mater 19 de inoffic test.* cui objicitur *l. 15. § de legat praest.* Sed nimirum in hac agitur de nuda praeteritis tuitione, *in l. 19.* de iure filii ab intestato: cum *in l. 15.* filius iuri testamenti niti pergat. Sed & maior est effectus querelae, qua res plane reducitur ad causam intestati, & testamentum tanquam à furioso factum rescinditur, quam bonorum possessionis contra tabulas, qua perita & legata quaedam, & substitutiones pupillares conservantur. Sed & dici potest interesse, an institutus velit vti beneficio alterius, qui querela expertus est. vel petijt bonorum possessionem, annon velit vti. In specie *d. l. 15 §. 2.* proponitur filius ex institutione manens heres, q secus est in specie *l. 19. de inoff test.* idque ex ratione subiecta apparet, dum dicitur, filiam, quae testamentum valere putavit, non propterea videri repudiasse legitimam hereditatem.

THESIS X.

Quod hic proponitur, dupliciter notari potest 1. Quod non speciale huic actioni, sed commune est. 2. Quod hoc non tam in favorem petentium statutum videtur, quam potius rei, ne duplici condemnatione afficiatur *per l. 57. de rei vind iuncta l pen h tit.* Illud autem hic quaeritur, quare necessum sit, priorem victorem cavere reo, cum ex regula iuris, qui sine culpa post litē contestatam possidere desiit, sit absolvendus *l. 27. §. de rei vind.* neque vero vlla culpa imputari potest ei, qui iussu iudicis iuxta sententiam rem restituit. Videri possit speciale esse in hoc genere amissionis, & in hoc casu, vbi plures contra eandem litem moverunt, siquidem per sententiam prius latam, alteri ius suum quod pariter in iudicium deduxit, auferri non debeat, cum res litem contestando cum vtroque pariter contraxisse videatur. Sed obstat quod traditur *in l 58. in fin de rei vind* eum qui servum ex causa actionis noxalis tradidit, nō debere damnari ex causa actionis in rem, quoniam nihil dolo vel culpa fecerit. Video sane differentiam inter actiones personales & reales: quae nimirū si à diversis moveantur, interest ex qua prius reus condemnetur. Si prior reali, opus est cautione, quoniam in personali non quaeritur, an quis possidere desierit nec ne: sin prior personali, cautione opus non videtur, quod in reali non condemnetur, qui sine culpa possidere desiit, etiamsi litis contestatae tempore possederit *d. l. 27. §. 1 de rei vind.* Verum resistit *d l. 57. de rei vind.* quae etiam in casu, vbi a diversis actio realis mota est, cautionis necessitatem requirit, quod & traditur *in d l. pen. de petit hered.* Dici potest, imò hic quoque cautione opus, quod posteriori cōtra priorem victorem. & forte sententia iudicis dominū pronuntiatum regressus non detur, cum res iudicata pro veritate habeatur: quae ratio cessat, vbi alio modo & ex alia causa possessio ad aliū pervenit, contra quem liber est ingressus petitori. Sed iterum refragatur *d l. pen. h t* vbi traditur, & quidem in specie actionis realis, quod posteriori causa sit salva contra priorē: quo quidem admisso nihil videtur necessarium, vt ab eo qui primus obtinuit, cautio possessori praestetur. Ferè est vt existimem, versiculum postremum *d l. pen melius est &c.* esse à Tribon. cui frequens est eiusmodi clausulis responsa ICtorum quasi emendare.

Si plures experiantur] Infert hinc Tr. ad tertium intervenientē: haud scio an satis bene, quod disputatio *ex d l 57. de rei vind. & l pen. h. t* ad eū casum pertinere videatur, quo apud diversos iudices diversae actiones institutae fuerunt: etenim si apud vnum iudicem duo agant, non videtur nisi vtriusq; causa expedita, ad executionē esse procedendum *arg l 1. §. vlt quae sent. sine appel. &c.*

THESIS XI.

LIT. A.

Dummodo illa pars sit quota haereditatis] Parum subtilis videtur haec limitatio cum in th. proponat actionem hanc non dari, nisi ei qui sit hęres: quoniam nemo ex parte haeres esse potest, nisi partem habeat haereditatis, adeo quidē vt contradictorium sit, haeredem esse & non habere partem haereditatis. Neque obstat institutus in re certa, qui siquidem cohaeredem habet, revera legatarius. sin minus detracta mentione rei certae verus haeres est *l 13. C. de hared institut l. 3. §. 4. l. 9. § 13. l. 10 ff eod*

Quia relicta ei est pars bonorum] Dubito an recte legatarius dicatur habere partem vel quotā bonorum: quia hęc denotat partem vniuersi, legatarius autem tantum habet rem singularem: neque enim cū simpliciter loquatur, accipi potest de eo, cui pars bonorum legata est, de quo *in l 8. de legat. 2.* Caeteroquin videtur dari posse quidam legatarius, cui detur petitio haereditatis, nimirum, qui pars haereditatis legata est, quod

sc. hic

sc. hic onera hæreditaria sustinet *iuxta l. 8. §. vlt. vbi, id notat. Bart. de legat. 2.*

Filio pro legitima hanc actionem dari] Fortassis hoc non recte simpliciter affirmatur, & omnino distinctione & explicatione eget. Et quidē iure veteri filius exhæredatus legitimam sibi relictā particulari titulo hac actione petere non poterat: quod idem existimo iure novo, si filius nomine tenus institutus, & rebus certis contentus esse iussus sit, iuxta notata disp. præc. Cæterum si in ipsa legitima, quæ recte de quota hæreditatis explicatur, vel etiam in minore parte heres institutus sit, recte hac actione aut partem illā, aut pro maiori parte hæredē se declarari petet.

LIT. B.

Ait hic totam hæreditatem vindicari etiamsi alter rem minimam possideat. Mihi hic distinguendum esse videtur, ꝙ aut adversarius possidet pro hærede, eoque controversiam hæreditatis ipsi movet: & hoc casu licet possessor rem minimam teneat, jus totum vindicandum erit, siquidem etiam qui vnam rem tenet, pro hærede se gerere, & vniversitatem sibi vindicare potest: eoque referri potest quod dicitur *in l. 1. §. 1. si pars hæred. &c.* petitoris actionem æstimari ex iure ipsius, non ex eo quod possessor occupavit: licet ex hoc loco & illud probetur, quod etiam contra eum, qui pro parte se heredem gerit, hæreditas in solidum vindicari possit. Et hinc rectior ratio desumi potest, cur hæc actio detur contra possidentem rem minimam, quam ex eo quod Treut ait, rem minimam in ordinariis curari. Quod si autem hæc actio intentetur contra eum, qui simpliciter pro possessore & titulo invalido rem hæreditariam tenet, non putarim necessum esse totam hæreditatē vindicare, sed simpliciter ex causa hæreditatis ad restitutionē cōcludi posse: & hoc casu Tr. ratio locū poterit invenire: etenim dubiū non est quin etiam rem meā licet minimā persequi & vindicare possim.

LIT. C.

Vnde est si quis hæreditatem.] Ait Treut. si quis hæreditatē in solidum petat, & reus excipiat, ꝙ extent alij cohæredes, reum ab instantia esse absolvendum. Sed videri possit hæc nullius momenti exceptio, *quod extent alij cohæredes.* quod potior causa debeat esse etiam partialis hęredis, quam iniusti plane possessoris: hanc enim non pro hærede, sed pro possessore, adeoque vt prædonem possidere, ex hac ipsa excipiendi ratione apparet: neque adeo interesse possit eius, cū ipse nullum ius prætendet, cui frustra replicat Tesauius, interesse ipsius, si posteà à cæteris cohæredibus conveniatur: vel quia conveniri nō poterit, cum sine culpa amiserit possessionem: vel quia remedio cautionis hic succurri potest *arg. l. 57. de rei vind. & l. pen. h. t.* Verum hoc modo fortassis excipi poterit, *quod hæres in solidum non sit.* Quo facto aut porro contendet actor, & petet in solidum se declarari hæredem, aut errorē & petitionem mutabit & corriget. Illo demum casu, locus erit sententiæ Treut. quoniam probata cohæredum pluralitate, in solidum condemnatio fieri non potest: hoc autem casu recte pars adiudicabitur actori, etiam citra novum processum & litis contestationem, arg. eorum quæ tradunt *Cyn. Salic. & Dd. vulgo in l. vn. C. de lit. contest. in fin.* quod qui litem contestati sunt super toto, etiā super parte contestati intelligantur.

THESIS XI.

LIT. C.

Prædo & is qui deiecit.] Non satis bene hi duo tanquam diversę species proponi videntur, cum hic sub illo tanquam species sub genere contineatur.

Quid si titulo singulari & bona fide.] Negat simpliciter contra hanc actionē: quod fortassis non satis convenit cum th. 4. lit. D. vbi sequutus Iason. petitionem hæreditatis simpliciter concedit contra eum, qui causam habet ab hærede, si venditor vel absit, vel modico pretio hæreditas vendita sit, quibus casibus emptor vtique bonam fidem habere potest. Sed sc. Tr. confundere videtur possessorem rei singularis, cum possessore titulo singulari: contra illum non datur hæc actio, etiamsi sit in mala fide, sed datur contra hunc, etiam si bonam fidem habeat. Peccatum autem est in leges methodi, quod eadem quæstio duobus locis tractatur.

Quod probat Bart ex l. 2. C. h. t. in fin] De explicatione huius l. diximus supra ad th. 4. secundū quam male *d. l. 2. in fin.* de rei vindicatione speciali accipitur: & nimirum in specie *d. l.* proponitur petitio hæreditatis ratione obiecti, & illa ipsa, quæ conceditur *in l. 13. §. 4. & 8. h. tit.* ne pluribus & singularibus iudiciis sit agendū. Et quod *in d. l. 2. in fin.* dicitur, emptorem rerum singularum iure conveniri minime probat, institutam ibi rei vindicationem, sed contrariam potius esse eam petitionem hæreditatis, sed quæ circa præstationem fructuum vindicationis singularis naturam imitetur, quod sc. vt ib. dicitur, reus proprio possessionis titulo munitus est, vt explicatum *d. th. 4.*

guendum inter actum iure inualidum & improbatum, ex quo nec ipse agés cum obligetur, nec ex eo obligatio in hæredes transmitti, eoque iure tale factum ab hæredibus impugnari potest, vt docet *Bald in l.2. C. de inoff. donat.* & in terminis *Rich. de vnion prol. cap.7. n. 77.* (vbi *à num. 66.* per multos sequentes prolixe quæstionem illam, an & quatenus hæres contra factum defuncti venire possit, tractat:) & inter actum validum, ex quo agens obligatur: idque videtur innuere Tr. dum proponit factum iuri consentaneum: quæ verba alias ambiguam habent significationem, cum rem alterius alienare, suo modo minime iuri conueniat. Quod autem præcedit. *ita vt de euictione non teneretur*, *&c.* aut ego non capio, aut falsum esse oportet, qui necessum est v.c. defunctum, qui vendidit rem alienam, obligatum fuisse de euictione, vt hæres rem vindicans conueniri vel exceptione repelli possit *ex l. Seia 73. in fin. de euict.* sicut ex aduerso posito casu, quo defunctus de euictione obligatus non fuisset, vel quia rem donasset, vel quia ita expressé pactus esset, hæredi rem vindicanti exceptio obstare non posset: quem casum in terminis tradit *Bart. in l. vltim. § in computatione, 9. Cod. de iur. deliberand. n. 6. v. contra.* LIT. E.

Ampliat præcedentem propositionem Tr. vt etiam filius qui tantum legitimam consecutus est, vindicando rem à patre alienam, exceptione, pro rata scilicet, repelli possit Quam sententiam vix admittẽdam puto: quo ita nullo negotio legitimæ fraus fieri, & leges præsertim Iustiniani, quę legitimam omnimodo & sine vlla diminutione ex bonis ipsius patris filio deberi volunt, facile eluderetur. Ideoque, filium, vt maxime summo iure, exceptione repelli possit, replicatione, vel si possideat, aduersus actionem de euictione exceptione defendendum existimauerim. Neq; deest quod respondeatur *ad l. 14. C. de rei vind.* vel quod magis patris quã matris hæreditas liberis debetur, quibus etiam illa, SCto demum delata fuit: vel quia à Iustin. legitimæ iura sunt adaucta: vel quia *in d. l. 14.* filius simpliciter proponitur: hæres ex parte, in qua amplius legitima fuisse intelligendum est: vel denique quia *in d. l* filius consideratur tantum qua hæres: debet autem & potest etiam considerari qua filius, cui portio illa ab ipsa natura, imo vt Iustin. loqui solet, tanquam æs alienum debetur. Neq; obstat ratio Doctorum relata a Bart. *dicto loco, & Ias. ibid n. 10.* quod per debita hæreditaria legitimam minui, imo non ante deberi, nisi computato & detracto ære alieno, constat. Etenim hoc locum habet: vbi pater super rebus suis proprijsque contraxit, non vero vbi contra bonam fidẽ res filij alienauit. Et hanc sententiã, aut ratione ante dicta, quod alijs filius in effectu legitimam non haberet, probat *gl. in d. §. 9. l. vlt. C. de iur. delib.* qui Iason. *ibi n. 10.* male appellat falsam, (quin falsa potius gloss. contraria *in d. l. 14. C. de rei vind.* male eandem Bart. (non recte à Treutl. citatus) ad casum, quo pater de euictione non tenetur restringit.

THESIS XIV.

Quæstio hic proponitur ab hoc loco aliena ad materiam interdictorum pertinens, & quæ sane separatam & singularem thesin non merebatur. Sententia autem negans, quod occupata possessione rei hæreditariæ, dum videlicet adhuc hæreditas iacet, (quoniam in casu iam aditæ hæreditatis, licet nondum apprehensa possessione, paucis exceptis, cæteri Dd. omnes affirmant) non sit locus dispositioni legis vlt. videtur esse communis, quam probat Cyn. *in d. l. vlt num. 7. Salic. ibid num. 3. in 7. quæst* quod videlicet *d. l. vlt.* loquitur de casu, vbi res vacans alterius occupata fuit, res autem hæreditaria nullius est in bonis *l. 1. §. 1. de rer. diuis.* Verum non videtur ad mentem Iustiniani, vt verba captentur: & constitutionis ratio præcipua in ea est, quod occupatur res, quam quis scit non esse suam: & cum passim hæreditas defuncta personam repræsentare dicatur, etiam quoad hunc effectum poterit: maxime si consideremus ius proximum hæredis futuri & euentum aditæ hæreditatis, quo facto, retro adita hæreditas fuisse, fingitur *l. 138. & 139. de reg. iur.* Neque mouet quod Bart. hic respondet, fieri hoc per fictionem, quam negat satis esse ad inducendum illud remedium. Etenim fictio tantum operatur quantum veritas, & quod præcipue locum huic remedio facit, est ex altera parte vera rei alienæ occupatio: neque ex eo, quod hæreditas nondum adita est, conditio inuasoris melior fieri debet. Ratio autem Treutl. quod in possessione multum sit vtilitatis, longius petita videtur: quia non sufficit, actorem commodum suum prætendere, vt alias requisita, & qualitates cuiusque actionis seu remedij adsint.

THESIS XV.

LIT. A.

Contra debitores hæreditarios.] Hanc differentiam inter actionem hanc, & interdictum quorum bonorum, quod contra debitores hæreditarios

tarios non detur *l. 1. quor. bonor* notat *Gloss. in l. 13. §. vlt. h. t. & in d. l. 2. & ibid. Bart.* multas esse differentias ait inter hæc duo remedia, quorum nō paucas recenset Schneid. *in § sequens d. usio Inst. de interdict. n. 38.* Et notat *cit. loc. Bart.* quod interdicta vt liter quidem etiam dentur pro iuribus realibus, non autem contra eum, qui personaliter tantum est obligatus: siquidem interdicta respiciant restitutionem possessionis, hac autē actione petit quis se declarari hæredem adeoq; contra omnes experitur, qui controuersiam hereditatis ipsi mouent, pro herede se gerendo: sub qua consideratione tantum contra debitores hereditarios datur vt recte notat Tr. *lit. B. ex l. si debitor. 42. h. t.*

LIT. C.

Vnde tamen non bene colligit Bart.] Non videtur adeo absurda hæc sententia, quam ex eod. *Bart. in d. l. 42. ibid* tradūt *Bald. & Castr.* vt aliquo casu litis contestatio fiat per responsionem dubitatiuam, vbi videlicet fundamentum intentionis tale est, vt de eo liquido constare reo non possit: veluti si tanquam hæres ab aliquo tanquam debitore hereditario, centum ex mutuo petat & hic soluturum se neget, quod an petitor hæres sit nec ne, ignoret, & ita dubitando actoris intentionem inficietur, non dubitauerim, ex ratione iuris desuper iudicem & formulam, si patet eum hæredem esse, dari potuisse. Cæteroquin in ijs, quæ ignorare reus non potest, talis responsio non admittetur. Possit tamen reus dubitans, salua conscientia respondere, per verba vulgo recepta: *non credit.*

Illud verum est.] Immiscet hic quæstionem ab isto loco alienissimam de litis contestatione: neque satis apparet, an hac in re Gæd. an vulgatam sententiam sequatur. Vtique qui cum Gœdd affirmatiue litis contestationem fieri dixerit, nonnisi inepta & contradictorie negationem & affirmationem partes eius statuerit. Cæterum iuxta vulgatam sententiam, non absurde imo recte statuerit, quo affirmatio & negatio sint partes litis contestationis ex *l. rem non nouam 14. §. 1. C. de iudic.* vbi litis contestatio dicitur fieri per narrationem actoris & contradictionem rei. Verum de hac re fusius egimus, & sententiam nostram exposuimus *disp. 12. th. 2.*

LIT. D.

Vt petitoris sit electio.] Videri possit ad alterutrum, non recte agi, vbi re iam alienata restituendi facultas non est. Sed intelligendum est, vel rem à possessore iterum esse redemptam iuxta *l. 12. h. t.* vel vt contra restituere non valentem in litem iuretur *arg. l. 20. §. vlt. h. tit.* Enim verò propter factum illud dolosum non mutabitur natura actionis, & nihilominus res ipsæ in hoc iudicium venient, ita vt iuxta naturam aliarum arbitrariarum actionum interueniat iussum iudicis de restituendo, cui si non pareatur, siue quod reus contumaciter nolit, siue quod propter factum suum & alienationem dolosam non possit, contra eum in litem iuretur: quia sufficit per rerum naturam rem præstari posse vel potuisse. *d. l. 20. §. vlt. & l. 33. h. t.*

Quid si res non possit recuperari.] Ait iurare in litem, si res recuperari non possit, si vero res non extet, teneri ad verum pretium. Quæ oppositio 1. recta non est quoniam & quod nō extat, recuperari non potest. 2. Vt maxime in specie accipias, *non extare*, pro, *non esse in rerum natura*, non videtur sufficiens ratio, quo minus etiam hoc casu in litem iurari possit, si non existentiæ causa sit dolus possessoris, qui iuramentum huic locum facit *l. 1. de in lit. iurand.*

THESIS XVI.

LIT. A.

Contra eum qui dolo desijt possidere.] Rationem inquirit Tr. quare petitio hereditatis contra hunc etiam directa sit, rei autem vindicatio singularis hoc casu vtilis. Et ratio Tr à verbis SCti petita aliam rationē desiderat: & fortassis hanc, quod hæc actio sit vniuersalis, & quæ non tam res singulas, quam ipsum quodammodo ius, quod possessor sibi asserit, persequitur: ex quo etiam contra debitores hereditarios datur *l. 42. h. t.* Quod autem etiam contra possidentem titulo singulari inualido conceditur, iam supra speciali ratione & fauore petitoris, cuius potior, quam eiusmodi possessoris causa esse debet, diximus esse receptum.

LIT. B.

Non contra titulo possidentem.] Odiosè repetitur, quod tractatum est *th. 4. & 12.* Et est hic quoque fallacia homonymiæ in verbo *tituli* siquidem ipse Treutl. titulum pro herede agnoscit, tum hac ipsa lit B. vbi ait, quod petens hereditatem alleget titulum suum, tum *th. seqq. lit. B* secundum quod actio hæc etiam dabitur contra titulo possidentem: quatenus videlicet titulus non sumitur pro causa vsucapiendi, sed pro iure, quod quis ex lege vel testamento in vniuersitate habet, ex quo accidente additione dominium vniuersitatis acquiritur.

Quia

Quia agens petitione hereditatis.] Reddit rationem Tr. cur hæc actio non detur contra titulo possidentem: quoniam allegans titulum, potior esse debeat illo, qui nihil nisi titulum allegat. Quæ ratio non satis videtur bona: quoniam ius illud agentis potentius est iure possessoris, & alias ex hoc fundamento nec rei vindicatio singularis contra titulo possidẽtem daretur. Quoniam tamen *Ias. in §. actionum inst. de action n 218.* hanc rationem probat, & communiter receptã asserit, dici pro ea posit, hanc esse diuersitatis rationem, quod in rei vindicatione incumbit actori difficilis probatio dominij, eoque probato omne ius possessoris euanescit: heres autẽ dominium quidem aliquod, sed vniuersale & aditione sua quæsitum, probat, idque v. c. exhibitione testamenti facile præstare potest; facit q; titulus pro herede, collatus cum titulo possessoris, titulus verè non videtur. Quæ licet disputari posit, verior tamen huius rei videtur ratio, quod ius, quo possessor singularis nititur, nihil habet, commune cum causa hereditatis, neq; per eius assertionem vlla petitori hereditatis controuersia mouetur, vt proinde non petenda hic hereditas, sed res speciali in rem actione sit vindicanda. Hoc autem posito, falsa erit sententia, quam *th. 4.* Tr. sequi videtur, & magis perspicue *th 13. lit. A.* etiam contra eum, qui titulo singulari mala fide, imo etiam putatiuo cum iure vsucapiendi posidet, dari hanc actionem: in quo sane Tre. tl. hic *d. th. 13. lit. A.* sibi contradicere videtur. Cæterum quod Treut *in fin. huius lit. Baldum pro diss.* allegat, explicandum est ex Ias. *in d. §. actionum numer. 219* vbi refert sententiam Bald. existimantis, hanc actionem dari contra eum, qui demum post mortem defuncti licet titulo singulari cepit posidere: quod recte ibid. improbat Ias. & inde tamen apparet, quod Bald. a thesi qua dicitur non dari hanc actionem contra titulo posidentem, non simpliciter dissentiat, vt de hoc cur hæc actio non detur contra tit. posidentem, prolixe Cyn. *in l. cogi. 12. h. t n. 7 in 4. q. & ibid. Dd. alios.* Illud obiter addendum parum concinnam esse oppositionem lit. A, & B. dari contra eum, qui dolo desijt posidere, non vero contra titulo posidentem

Lit. C.

Nisi sit in mala fide.] Vnicam tantum hic proponit exceptionem, cum tamen *th. 4. lit. C.* tres proposuerit. Deinde iam supra ostensum est, etiam eum qui bona fide hereditatem emit hac actione conueniri, *ex l. 2. C h t.* ex ratione *l. 13 §. 4. eod.* ne pluribus iudicijs sit experiendum. Et hic quoque sæpe iam notata distinctio adhibẽda est inter eum, qui vniuersitatem, & qui res singulares tenet: circa quod, vt colligamus quæ dispersim & confusim Treu. ita statuendum est. Quod aut possessor nullum plane allegat titulũ, qui in specie pro possessore dicitur posidere, & hac actione tenetur: aut allegat titulum & hũc vel vniuersalem pro herede (hunc enim in hac materia titulum dici posse supra ostensum est) & itidem tenetur: vel singularem, & hunc vel in vniuersitate, scil. hereditate vel parte eius & aliquibus casibus petitione hæreditatis vtili, ratione obiecti ita appellata, conuenitur *l. 13. §. 4. h t. & l. 2. C. eod.* vel in re singulari, & hunc iterum vel prouenientem ex actu iure valido, & non tenetur hac actione, siue bona siue mala fide posideat: vel ex actu inualido & improbato, & tenetur tanquam pro possessore posidens *l. 13. § 1. h. t.*

Quæ lex cum sit valde obscura] Consequentia hæc nulla est: Lex est valde obscura, ergo non licet cum Bart. asserere, initio intentatam fuisse querelam, & postea actum petitione hereditatis Vtrique leges obscuræ explicandæ sunt, sed quæ explicatio ex multis melior, ea amplectenda. Cæterum in eo consentio cum Tr. explicationem illam Bart. quæ etiam est *Cyn. & aliorum Dd. ibid.* qui absurde verbum *perinde*, explicat, per, *exinde*, esse vitiosam per notata ad *disput. praced. th. 1.* vbi facilem & veram illius loci sententiam proposuimus.

Lit. D.

Hereditatem integram.] Imo idem est si empta sit pars hereditatis *ex l. 2. C. h. t.* vix enim est, vt his verbis simpliciter posit intelligi vniuersitas rei singulari opposita. Et in hoc tamẽ sibi nõ conuenit *th. 4 lit. C. & th. 13. lit A.* vbi etiam contra possessorem titulo singulari, etiam qui in cõditione vsucapiendi est, hanc actionem concedit. Nec in eo sibi constat, dum *th. 12. lit. C. d. l. 2. C. h t. de rei vindic.* singulari, hic autem de petitione hereditatis interpretatur.

Sciens emit.] Adiectum hoc est propter mentionem malæ fidei lit. C. cæterum iam sæpe dictum, etiam eum qui bona fide hereditatem emit hac actione aliquando conueniri.

At is pro possessore non posidet.] Obiectionem hanc mouet cõtra illud quod dixerat, dari cõtra eum qui mala fide emit hæreditatem hanc actionẽ. Ea vero obiectio nulli' momẽti videtur: vel qui iam supra *th. 4 lit. C.* hanc exceptionem ipse

ipse tradidit: vel quia non sequitur, non possidet pro possessore, ergo non tenetur hac actione: vel quia hoc casu actio non directa, sed vtilis conceditur ex ratione *l. 13. §. h. t.* & quae magis ratione obiecti petitio haereditatis habeatur. Neque vero Treut. verbis seqq. *imo pro possessore possidet*, hanc obiectionem remouet, sed occasionem capiat proponendi antinomiam, quae est inter *l. 13 §. 8 h. t. & l. 33. §. de vsurp.* in quaestione an qui sciens rem alienam emit, possideat pro possessore; Et Treut. cum Cuiac. admittit antinomiam, & Vlpianus quoque *in d. l. 13. §. 8* ita loquitur, vt aliquos diuersum sensisse non obscure innuat: caeteroquin non difficilis horum locorũ conciliatio est, notata etiam ab Accurs. *in d. l. 13.* quod sc. Vlpian. ibi phrasi ista *pro possessore* vtatur iuxta subiectam materiam, ad eum effectum, vt huic actioni sit locus, quo respectu pro possessore possidet, qui, vt ante dictũ aut nullum aut ex actu inualido prouenientem titulum allegare potest: & hoc sensu qui rem alienam licet sciens dato pretio comparauit, pro possessore non possidet, quod alias etiam mala fides superueniens efficere posset, vt quis pro possessore rem habere diceretur. Caeterum Iulian. *in d. l. 33. §. 1.* tractat de vsucapione: cuius intuitu titulus ad vsucapiendum inefficax, effectu considerato, nullius & inualidi tituli vices obtinere videtur. Atqui *in l. 13. §. 1. h. t.* titulus null⁹ & inualidus omni modo & ratione vsucapiõis & petitionis hereditatis, pro possessore est. Illud obiter addendum, quod *in d. l. 33. de vsucap.* pro herede, non vniuersalem; sed particularem titulum significet, de quo *t. t. D. & C. pro hered.*

Vide eleganter Cuiac.] Nihil citato loco 18. ob 25. elegantiae, neque enim elegantia est, pugnãtes autorum statuere sententias: quin & reliqua ibid. non elegantia, sed in subtilia & Cuiacio indigna sunt. Nam 1. ad confutandam regulã, qua mala fides dicitur esse scientia rei alienae, exemplum profert eius, qui ab eo emit, quem putat esse procuratorẽ, quasi vero non perinde sit, fieri à domino & eius mandato *arg. §. qua ratione 43. de rer. diuis. l. 6 §. 4. de acquir. rer. dom.* Et si argutari velimus, etiam procurator, conductor, fructuarius, creditor, depositarius, cõmodatarius, precario tenens, citra vllam malam fidem scientiã rei alienae habent: sed nimirum quicunque rem priuato titulo acquisitam sibi tenens, scit esse alienam, in mala fide esse intelligitur. Illud vero Cuiacij ibid. falsum, quod eum qui pretio dato à non domino sciens rem cõparauit, malae fidei possessorem esse negat: (quem tamen vsucapere non posse cõstat) deceptus *l. 14. §. 8 h. t.* vbi praedo sumitur in specie iuxta subiectam materiam, pro eo qui proprie possidet pro possessore, id est, qui nullum possessionis suae titulum allegare potest *l. 11 §. 1. h. t.* quo sensu qui rem etiam sciens emit, & pretium numerauit, praedo non est: & tamen non idem plane est praedo & malae fidei possessor.

THESIS XVII.

LIT. A.

Interdum haec actio] Ait hanc actionem interdum dari contra eos, qui nihil possident, veluti qui se liti offerunt. Atqui idem est in casu *th. prae. lit. A* quia & qui dolo possidere desijt, nihil possidet: neq; magis dolus quam oblatio pro possessione est: quo sensu dici potest nihil magnopere esse singulare, cũ offerens teneatur tanquã possessor, & cui contra ipsum credatur: quae vera huius iuris ratio est, & cui locus non est, vbi actor ipse initio reum nõ possidere scit, quia sciẽtia excludit crudelitatem, & opinionẽ. Ex quibus colligitur rationes hic à Tr. allatas minus recte se habere: quia principalis ratio non est, ne dolus sit impunitus, sed quia se offerens pro possessore est, & ratio Tr. eo facit tantum, vt post litem contestatam frustra sit allegaturus reus sese non possidere, quia non debet impunè esse ei, qui mendacio petitorem à se auertit. Sicut nec illa ratio de ignorante actore, bona, in verbis, *alim enim deficeret*, &c. quia ignorantia pro fundamento esse non potest.

LIT. B.

Proponit hic casum de vero herede eius, qui falso pro herede, vel pro possessore possedit: quam in fin. lit. ait conueniri non ex sua persona, & tamen non tãquam successorem. Quae verba contradictionem quandam implicare videntur. Plane cum in textu allegato *l. 13. §. 3. h. t.* proponatur ignorasse, quod defunctus pro herede possederit, magis ex illius persona conueniri intelligitur, quod propter mutatam personam nõ debeat deterior fieri conditio actoris quod & notat *Castr. in d. l. 13. §. Neratius.*

Sed male hic exemplum ponunt.] Quicquid etiam videatur Tr. casus hic esse videtur, quo qui possidet titulo etiam ad vsucapiendum habili, hac actione conuenitur, videlicet titulo singulari pro herede, vbi res illas alienas fuisse ignorat *argum. l. 3. pro herede & l. 33. §. 1. de vsucap.* Licet enim ex persona defuncti conueniatur, vtique tamen conuenitur: & ipso titulus est, qui in defuncto non fuit.

Esse

Etsi enim hic fuit titulus pro herede.] Patet ex iam dictis, his verbis non removeri rationem, qua probatur *ex d.l.13.* hanc actionem isto casu contra tit. possidentem dari: quia consideratio illa personæ defuncti non impedit, quo minus in persona heredis vere titulus sit. Sicq; per rationem sequentem, quod defunctus fuerit in mala fide: vel quia mala fides etiam cum titulo consistere potest, vel quia etiam qui bona fide, pro herede possidet hac actione tenetur. Alioquin omnino male casum dicti § 3. ad eum defunctum, qui in mala fide fuit restringit. Cæterum explicanda hic erat homonymia verborum, *pro herede*; quæ significat vel titulum vniuersalem, de quo Tr. non sine manifesto vitio hic accipi potest, quod contra tali titulo possidentem hãc actionem dari in confesso est: vel singularẽ, quo verus heres res alienas in hereditate repertas, pro hereditariis tenet & usucapit *l 3.t.t.ff.pro hæred.* Et ita titulum habilem ad vsucapiendum: cũ pro herede vel pro possessore non fit, illo sensu, titulus, sed potius modificatio & qualitas possidendi, ut post Dd. loquitur & notat *Salic.in l.cogi.11.C.h.t.n 2 in fin.*

Ex persona Patris.] Non recte patris hic fit mentio, quia in quovis herede huic quæstioni locus est.

THESIS XVIII.

LIT. G.

Si feudum sit hereditarium] De natura & qualitate huius feudi hic tractare huius loci non est. Sed interim tentari possit quod etiam feudũ ex pacto & providentia, vt loquuntur, aliquando veniat in petitionem hereditatis, & tamen sub qualitate quadã feudi hereditarii, cuius naturã sapit: vbi de successione filii agitur, qui etiã huius generis feudũ repudiata hereditate retinere non potest, ex sententia veriori, quæ probatur ex *cap.1.agnati, &c de quo infr.p.2.disp.12.th.4.*

Vbi amplius ait.] Ait quod etiam extraneus heres investitura non comprehensus, modo se in defuncti possessione fundet, hac actione feudum ab extraneo possessore petere possit. Hoc quidem ita tradit *Rossenthal.c.7.conclus.12.num.4.* & hanc communem esse doctrinam scribit Verum 1. hoc simpliciter affirmari non potest, quod hæc actio natura sua non nisi contra eum datur, qui pro possessore vel herede possidet. Deinde magis est, vt totum hoc falsum sit: quia cum non nisi heres hac actione experiatur, feudum respectu extranei heredis, ab hereditate plane est separatum. Neque apparet quid ad rem possit facere possessio defuncti: vel quia in heredem ea non transit, vel quia petitio hereditatis nullo plane modo fundari potest in possessione defuncti, sed in iure, quod vel ex testamento, vel ex lege heres habet: & cum igitur ex neutro heres extraneus in feudo ius habeat, non poterit etiam pro feudo consequendo hac actione experiri.

LIT. C.

Cur servitutes in petitionem hereditatis non veniant, duplicem rationem reddit Treut. tum quod aliæ sint actiones, tum quod nihil hic restitui possit. Verum prior non concludit, quod etiam pro aliis reb & maxime contra eos, qui titulo nullo possidẽt, propriæ & singulares sint actiones: & ICtus *in l.19.* tantum posteriori ratione vtitur. Videndum autem, an non hæc ratio addi possit, quod servitus seorsim à fundo non videatur teneri posse pro hærede: quoniã, qui verbi causa heredem tantum ire agere prohibet, fundum suum liberum esse tantum contẽdit: & servitutes nihil aliud sunt respectu fundi servientis, nisi quædam privationes. Potest autem hæc ratio ita coniungi cum ratione IC. *in d.l.19.§.vlt.* quod connexæ quæstiones sunt, an res in restitutionem ex causa huius actioni veniant & an rei alicuius nomine hæc actio institui possit.

THESIS. XIX.

LIT. A.

Necessarias deducat.] Explicandũ erat, quid intelligeret per deducere, an etiam actionem cõcedat. quod magis videtur, *arg quod his D.* tradit. & vtrobique allegat. *l.5 C. de rei vind.* ex qua ꝗ etiam malæ fidei possessori pro necessariis impensis actio detur probari videtur. Quo admisso, male hac lit. A adducitur *l.48.de rei vind.* quæ neque de necessariis impensis, neque de actione, neque de malæ fidei possessore tractat.

Vbi verba illa] Pertinent ad explicationẽ *l.48. de rei vind* & quidẽ horũ verborũ, *exceptione doli posita per officium iudicis.* Et probãda videtur cõtra Tr. Cuiacij sententia, ꝗ formula illa loquendi nõ conveniat veræ rationi iuris, quia tũc officiũ iudicis necessariũ erat, vbi exceptio erat omissa, nec formulæ inserta, velut incerta fidei iudiciis, quibus de ea ista exceptio doli & aliꝗ id genus inesse dicebantur. Et ipse Ant Fab. quẽ Tr. hic pro se citat, mutata postea sentẽtia, verba, *per officiũ iudicis*, ab imperito interprete adiecta ait *dec.26.err.10.* ꝗ tamẽ minus probo, ꝗ ita sequeretur necessariũ esse exceptionẽ inseri,

neq; alias officio iudicis locũ esse: quod expressè falsum est, pe. text. in l. 38 & vlt h t. Ideoque videri possit, inserta particula disiunctiua, legendum esse, *exceptione doli posita siue per officium iudicis*, quod nihil prohibebat, exceptionem quæ actioni inerat expressè etiam formulæ adscribi. Neque obstat, quod rei vindicatio non sit ex actionibus bonæ fidei, quibus exceptio doli inesse dicitur: quia existimari potest, eandem hac in re naturam fuisse actionum arbitrariarũ, quæ præsertim ratione præstationum personalium, fructuum & impensarum ad naturam bonę fidei actionum accedunt: secũdum quod recte *Cuiac.* 10 *obs* 1. tantum facere, arbitrium, quantum bona fides. Possit tamen & vulgata lectio defendi, si exceptionis oppositio siue positio pro simplici eius allegatione in iudicio post litem contestatam accipiatur: quia vtique iudex etiam ex officio exceptionis non nisi allegatæ rationẽ habere potest.

LIT. B.

Vtiles & Voluptuarias.] Hic illud notandum occurrit, quod eandem rationem facit malæ & bonæ fidei possessoris circa voluptuarias impensas, diuersam autem circa vtiles: cum tamen potius contrario modo eadem circa vtiles, diuersa circa voluptuarias malæ & bonæ fidei possessoris ratio statui debeat: quod optime probat *l. 38 h. t. & l. 39. §. 1. eod.* quod scil. malæ fidei possessor etiam vtiles impensas deducat. hac saltem differentia, quod bonæ fidei possessor indistincte, malæ fidei autem dum demum, si res extet, & melior facta sit *d l. 38. inf.*

In ædificijs feudalibus etiam.] Communi iure feudali meliorationes pro allodialibus habentur, siue feudum domino, siue successori feudali deferatur, per notata *Hart. Pistor 2. quæst. 41. & Schrad part. 3. partis secunda principal sectio. 2. & part. 7. cap 3. num 7.* Contrarium creditur vulgo decisum iure Saxonico, ita vt meliorationes ædificia ipsa. feudalia censeantur, & vel domino vel hæredi feudali cedant, Landrecht / *artic. 21. lib. 2.* quæ differentia traditur etiam à *Zobel. par. 3 diff. 29. Fach. diff. 36. Reinhard part. 3. diff. 3. diff. 23. constit. Elect. August. 31. part. 1.* Cæterum Treu. *post. Coler part. 2 cap. 3. num. 307.* corruptum putat textum *dict. artic. 31.* & subintelligendum, quod vasallus sine herede decesserit, itaque bona fuerint vacantia. Verum nihil ibi in textu hiulcum, neque verosimile est de casu rarissimo in illo articulo tractari. Ideoque sententiam communẽ probo, quæ confirmatur *ex dict. art. 21. circa fin.* hat auch ein Mann einen Sohn / der sein Lehenserbe ist nach Lehenrecht / er behelt seines Vatters Gebäwd auff seinen Lehen / mit mehrern Rechten / dann der sein Erb ist nach Landrecht. Cum tamen iure feudali communi in meliorationibus quicunque hæredes succedant, & illæ vtique alijs hæredibus sint conferendæ, *Schrad. d part. 7 cap. 3 n. 7.* Etsi igitur ædificia censentur feudalia, vt sequantur hæredem feudalem, etiam poterunt feudalia censeri. vt aperto feudo domino debeãtur: quod sc. *dict art. 21.* perspicuis verbis docet, Wird es frey ledig seinem Herren / er nimbt das Gebäw sampt den Lehen. Neque obstat *textus lib. 1. art. 53* quia loquitur de cõductore, qui ius tempore habet, & in solo plane aliẽo ædificat, Was ein Mann bawt auff frembdem Gut da er Zinß von gibt / vasallus autem vtile habet dominium & ius perpetuum, adeoque eo animo meliorationes, vt ipsæ quoque feudales sint, facere intelligitur. Non obstat etiam *glo. ad d. art. 21.* quia loquitur itidem de cõductore võ dem Zinßmañ / qualem etiam posse esse vasallum vnd ein Alterszmann docet glossa sequens, quæ ipsa explicat præcedentem, his verbis: das Gebäwde so darauff stirbt erben sie auff ihre Leiberben / doch allein / das der Grund nicht Lehen sey / &c.

LIT. C.

Exceptione doli nunquam vtatur.] Falsa hæc sententia est per *d l. 38 in princ. h t.* his verbis, *& id ipsum officio iudicis continebitur, nã nec exceptio doli mali desideratur.* Hoc enim verbum, *desideratur*, manifeste ostendit, quod exceptioni doli sit locus, Et nimirum hic eius loci est sensus, quod exceptionem doli mali formulæ adijcere necessum non sit, sed ex ipsa actioni insit, & æquitate iudicij contineatur, ita vt eius etiam post litem contestatam in iudicio allegatæ, iudex pedaneus rationem habere debeat & possit. Et in hoc manifesto ignorantia iuris veteris, quod ipse alias vsque ad superstitionem inculcat, labitur *A Fab decad 26. err. 8.* vbi tantum hactenus malæ fidei possessoris, quoad impensas vtiles rationem haberi ait, vt eas tollere possit. Et valde suauis & facetus est dum scribit in hoc minime prudentem fuisse Paulum, qui *in d l 38* dixerit generaliter in vtriusque persona haberi rationem expensarum, & modum ex alijs legibus explicandum nobis reliquerit: quasi verò Paulus non expresse scribat, quod etiam citra exceptionem doli malæ fidei possessori succurratur, exceptionem videlicet formulę insertam adeoque omnino, quod alias exceptio præstat hoc officiũ iudicis in hac actione præstare significet: & quasi

& quasi Paulus illud scribens ad alios Textus vel autorũ loca aut respexerit, aut respicere potuerit. Ex quibus patet, parum etiam subtilem esse explicationem *Gœdd. in l. 79. in pr. d. V. S.* quod exceptio doli vel detur sola, vel coniuncta cum officio iudicis quod iniquum sit, alterum cum alterius iactura locupletari. Neque absurdum haberi debet, si hac in re eadem sit ratio bonæ fidei & malæ fidei possessoris: quoniam impensæ hæ rem faciunt meliorem qua de causa etiam tũ demum prædoni exceptio datur, vbi res extat: & ita seu consideratione impensæ vtiles & necessariæ non crassius, vt male loquitur *Gœdd. d. loc. n. 3* sed recte *d. l. 38 & 39 in pr. h.* coniunguntur. Plane non dissimulo; Treutl. opinionem quod malæ fidei possessor non vtatur exceptione doli, probari à *Cyn. Salic. & Cast. & alijs Dd. in l. 5. C. de rei vind.* Lit. D.

Necessarias per actionem] Insubtiliter dicitur à Treu *post Gœdd. d. loc. num. 7.* quod expensæ deducantur per actionem, quia non actor, sed reus conuentus exceptione & compensatione opposita deducere dicitur. *a. g. d. l. 38. in fin.* Addendum autem hic erat verbum, *etiam*, quod scilicet bonæ fidei possessor etiam remedio actionis impensis consequatur: de ipso tamen non leuis est dubitatio: siquidem *in l. 14. de dol. excep. l. 33. in fin. d. condict. indeb. l. 14. § 1. comm. diuid.* præcisè etiam bonæ fidei possessori amissa possessione actio negatur: quæ sententia est etiam *Donell. 20. comment. 27. A. Fab. decad. 26 err. 9.* vbi prolixe ad contraria respondet, nulla tamen facta mentione *l. 5. C. de rei vind.* quæ expressius actionem cõcedere videtur: quam *Donell. d. loc. de except.* explicat quoniam etiam per hanc generalius loquendo repetere dici possumus: & cum ibi agatur etiam de Iure tollendi impensas, tanto facilius ad casum possidentis species illa referri poterit, maxime cum ibi tractetur de malæ fidei possessore, cui difficile est, vt remedio actionis subueniatur: & video à *Castr. & alijs d. l. 5 expressè* ita explicari, vt non actio sed retentio tantum malæ fidei possessori detur, quomodo quidem *d. l. 5. à Salic. ibid. in prin.* sumatur. Æquitas quidẽ hic pro faciente impensas necessarias militare videtur, sed ratio iuris actionem negat, cum impensæ nõ alieno, sed proprio nomine factæ sint: qua de causa frustra *Gœdd. in d. l. 79* adducit Textus *in l. 8. in princ. d. pignorat. act. l. in rebus § 2. commodati leg. 7. § fin. solut. matrim.* quibus locis de impensis ex causa contractus in rem alienam factis tractatur. Neque satis commode textus supra citati ad ius strictum referri possint: quod præsertim condictio indebiti, quæ ex æquitate siue bono & æquo esse dicitur *l. 66. de condict. indebiti* hic negatur *l. 33. in fin. d. condict. indebit.* neque nobis integrum est, præter leges inducere æquitatem. Illud forte tentari possit cum *Cuiac. 10. obseru. 4. & Hotom. ad d. l. C. d. condict. indeb.* si quis omissa exceptione per errorem rem restituerit, dandam ei condictionem incerti ad possessionem adipiscendam, cuius retentione postea impensas seruare possit: Attamen cum possessione sua etiam citra vllum errorem restitutionem quis cadere possit, ne sic quidem omnibus qui impensas fecerunt consuluerıs: & vereor ne illud de actione incerti commentitium sit: vel quia *in l. 5. § 1. de condict. indeb.* quæ pro fundamento illius sententiæ adducitur, non agitur de possessione ad effectum temporalis retentionis condicenda: vel quia difficile est *l. 33. d. condict. indeb.* restringere ad condictionem certi, vel denique quoniam hoc admisso, eges, quæ simpliciter actionem negant, verbis essent positæ non rebus.

Vtiles per officium iudicis] Videtur Treut existimare, quod nomine impensarum vtilium non competat exceptio, sed officium iudicis: velut etiam *Gœdd. in l. 79. d. V. S.* ita exceptionem & implorationem officijs iudicis opponit, post Gloss *in l. 5. Cod. de rei vind.* Qui tamen, vt paulò ante notatum, ignorantia iuris veteris labuntur: siquidem officium illud iudicis intelligitur quod subseruit naturæ actionis, cui exceptio doli inest, sicut etiam bonæ fidei iudicijs, vt tanto magis in hac specie impensarum nomine, exceptio proponi potuerit. Neque dubito veram esse hanc propositionem: cuiuscunque rei iudex ex officio suo rationem habere potuit, illud etiam & multo magis, in iure apud prætorem per modum exceptionis proponi potuisse: non autem ex conuerso, quod apud prætorem proponi potuit, eius omissi, iudex habere potuit rationem. Et videtur Tr. cum alijs non satis aduertisse ad distinctionem officij iudicis nobilis & mercenarij, de quo loquitur *ICtus in l. 48. de rei vind. & in l. 38. & vlt. h. t.* Lit. E.

Voluptuarias item tollat] Bonæ fidei possessori tantum tribuit ius tollendi impensas voluptuarias. Quod est contra expressum textum *in l. 39. § h. t.* vbi perspicue malæ fidei & bonæ fidei possessores ita inter se opponuntur, vt illi tantum tollendi, huic etiam exceptione posita voluptuarias impensas deducẽdi potestas fiat Neq;

ferri potest, quod *Guid. in l. 79 d. V. S. §. ultim. versic postremum d. l. 39* ad remotiora, & ita ad bonæ fidei possessorem refert: quod & per se inconcinnum est. & eo admisso, contra proprietatem verborum, dicendum esset, quod *pr. §. 1. de dolo exceptione*, corrigeretur per vers. ult. cuius tamen correctionis nullum appperet vestigium. Equidem his & præmissis varia loca objici solent, de quibus plenius tractatur infra *p. 2. disput. 20 th. 6.* duo saltem hic annotare libet 1. nihil hic omnino certi præcisè hic statui posse, sed multa arbitrio boni iudicis committenda esse, per textum *in l. in fundo. 38 de rei vind.* ex quo apparet, quod aliquando etiam bonæ fidei possessor vtiles impensas tantum tollat, propter qualitatem petitoris: vt proinde non absurdum sit, si aliquando propter diuersam rationē petitoris voluptarias impensas, vel etiam malæ fidei possessor vtiles deducat. 2. quod alia videatur ratio petitionis hæreditatis, quam rei vindicationis singularis: quæ communis Dd. sententia, dissent. licet *Cuiac. Ant. Fabro & ipso Treut. d. disputat. 20. p. 2.* vel ideo admittenda videtur, quod eius ope pugnantes inter se textus iuris non incommode conciliari posse videntur. Et sane in vniuersali illo iudicio mitius cum possessore agi videtur: vel quia hoc voluit SCrum *l. 20. §. 6. & l. 25. §. 11. h. t.* vel quia difficili probatione dominij non grauatur, vel denique, quia vt supradictum, ratione præstationum personalium & ita impensarum, iudicium hoc bonæ fidei intelligitur. Neque obstat, quod hæres possit eludere hoc beneficium possessoris, instituendo rei vindicationem singularem: vel quia non facile omisso remedio expeditiori, difficile electurus est, aut si id faciat, nihil absurdi fuerit, eum qui pro possessore & ita tanquam prædo possidet grauius teneri, quia contra eum qui pro hærede possidet, & qui hac actione secundum eius naturam propriè conuenitur, rei vindicatio singularis moueri non potest.

DISPUTATIO XV.

DE REI VINDICATIONE.

Respondente

ANCHARIO SCHRODERO.

THESIS I.

LIT. A.

REi vindicatio.] Statim in limine offendit Treutl. dum diffinitum restringit ad actionem illam, quæ est ex XII. tab. & tamen lit. F. illud diuidit in directā & vtilem: quæ tamen species nec ex LL. 12. tab. est, neque ex Tr. quidem sententia lit. G. domino datur.

LIT. D.

Rei corporalis.] Haud scio an ita in specie L. XII. tabb vsa fuerit verbo vindicationis: siquidem passim legimus v. c. vindicias secundum libertatem, quomodo etiam seruitutes vindicari dicuntur *t. t. si seruitus vindicetur §. 2. Institut. de act.* illud plane verum est, quod sub titulo Digest. tantum de vindicatione rerum corporalium tractatur.

LIT. F.

In directam & vtilem] Non recte hanc distinctionem personæ actoris tantum accommodat: quia quædam in rem actio etiam ex persona rei vtilis est per tradita infra th. 5. & 1.

LIT. G.

Pessime hinc dominium duplex directum & vtile constitui affirmat. Adeoq; duplex quæstio est, an omnino sit duplex dominium & an illa distinctio ex actionis in vtilem & directam distinctionem, desumi & probari possit. Et vtrūq; contra Tr. cum Dd. probabiliter defendi potest: vt videlicet, quoniam actio in rem effectus dominij est eo ipso, quod præter actionem directā, vtilis quoq; in rem prodita est, aliud quoddam dominij genus esse videatur. De nomine autem non contendam, & facile admittam, ex eo quod actio vtilis dicitur, non protinus dominium quoque vtile recte appellari: quod scilicet actio vtilis ex benigna interpretatione legis & æquitate conceditur, quod passim in iure nostro in materia obligationum ex cōtractu & delicto occurrit: sed fortassis Dd. in hac diuisione hoc quoq; considerarunt, quod v. c. penes vasallum & em-

& emphyteutam plenissima rei vtilitas est nuda proprietate penes dominum relicta: cui vtilitati, cum accedat ius vindicãdi contra ip os quoq; directos dominos & titulum habeant perpetuũ, aliud penes ipsos dominum esse, difficile sit negare. Et frivolum est, quod lit. F Tr. ait, actionẽ in rẽ illis dari, non dominij, sed effect' respectu, vt pro suo iure agere possint: vel quia nisi quodammodo domini essent, actio talis illis nõ daretur: vel quia hoc ipsum in controversia est, an non tale ius isti habeant, quod dominium appellari mereatur: alias hac ratione etiam marito dominium rei dotalis negari possit. Rationes autem Treut. quibus divisionem Dd impugnat, nihil concludunt, & fere principium petunt. Ait, quia ius, quo res nostra est vnum tantum est. Atqui inde non sequitur, quin dominij species distingui possint, & hoc dupliciter 1. ratione obiecti, cuius absolutum dominium haberi non potest, cuiusmodi olim erant provincialia tributaria prædia, de quibus *in §. 41. Institut. de rer. divis & in princip. l. de vsucap. l. vn C. de vsucap. transformi* 2. ratione causę, & huius vel proximæ, velut olim interest, an res per nexum, id est, æs & libram, an per vsum, aut simplicem traditionem transferretur. Vel remotæ qualis est ius prætorium, quod non faciebat dominum *in princip. Institut. de bonor. possess* loco tamen domini cõstituebat; imò dominum prætorium faciebat *per l. 15 §. 16. 17. & 33. de damn. infect. l. 6. §. 9 comm. divid. l. 1. d bonor. poss* Addi potest 3 reservatio iuris alicuius in re cõcessa: ex qua fit vt v. c. licet dominio aliquo manente penes dominum, aliquod tamen in vasallũ transire absurdum non sit: non obstante regula illa, qua duo eiusdem rei in solidũ domini esse posse negantur: quoniam ea intelligenda est de eodem dominij genere: siquidem iure veteri duos eiusdem rei quiritario & bonitario iure dominos esse potuisse constat.

Potest à re separari eius vsus.] Nihil hoc ad rem: Neque Dd à separatione ista simpliciter distinctionem hanc desumunt, neque fructuarium simplicem dominum esse statuunt, sed v. c. vasallum & emphyteutam, quibus longe plus quã vsufructuario concessum est. Et ergo mera petitio principij est, quod subiungit Tr. dominium in species dividi non posse.

Eoque respectu plenum vel minus.] Ita quidem proprietatis vsufructui opposita in iure distingui solet, quod alia sit plena, alia nuda: sed haud scio, an ita recte dominium distinguatur, cum quo vsusfructus nihil habet commune *arg. l. recte 25. de V. S.*

Maxime post sublatam differentiam] Hæc quoque ratio non concludit contra Dd vel quia alia ratio quiritarij dominij fuit, vtpote revera imaginarij, alia directi, vtpote cuius non exigui sunt effectus, proinde Iustin *l. an. Cod de veter. iur. quirit.* eiusmodi distinctionẽ, quæ in rebus ipsis habet fundamentum, improbare voluisse existimandus non sit: *arg l. 12. in fin. C. eod de fund. patrimon.* in qua emphyteutas appellari dominos, quo fronte Tr. negare hic possit, non animadverto: vel etiam quia ipsius rei evidentia, potentior est quam voluntas Iustin. Adeoque, vt maxime ille vnum tantum genus dominij esse voluerit, efficere tamen non potuerit, quominus introducto postea iure feudorum, distinctio dominij debuerit admitti: Facit huc, quod *2. feudor. 43.* vasallus super feudo transigendi, & *iuxta notata disput. 12. th. 6 lit. A* etiam in arbitrum compromittendi ius habet; imo *d t. 43.* ius vasalli in feudo proprietas dici videtur: quãdoquidem super proprietate sive dominio recte nullo modo transigendi ius vasallus habere potest. Neque his obstat *l. 1. si ager. vectig. petit.* vel quia conductores illi minus iuris, habent vel quia verbum dominij ibi sumitur in significato potentiori. Et sane v. c emphyteutæ, quatenus conferuntur cum domino, vt annuam pensionem præstantes, conductorum & colonorum: cæterum respectu effectuum aliorum dominorum vicem obtinere videntur: ex quo est: quod *in §. adeo I. locat.* emphyteusis, & cum locatione, & cum venditione confertur.

THESIS II.

LIT. B.

Etiam vxori de re dotali.] Aliena hic immiscetur quæstio de dominio rei dotalis. Et maritum quidem, iure ciuili dominum intelligi, certissimis iuris textibus probatur: & licet traditionis actus naturalis sit, titulus tamen magis est ciuilis: quo colore defendi potest, quod Iustin. ait *in l 30 C. de iur. dot.* rem semper naturaliter permansisse videri in dominio vxoris: quamvis in eiusmodi quæstionibus decidendis, quid Iustin. putauerit, non magnopere sit curandum. Cæterum titulus dominij mariti dos est, qui titulus respirat soluto matrimonio, morte vel divortio, quod cũ olim apud Romanos frequens esset, mirum non est, si hoc respectu dominium mariti aliquando in iure nostro, minus honorificis titulis insigniri, & de marito, tanquam

non domino tractari videamus, idque forte innuere voluit Tr dum ait, mulierem esse dominam per anticipationem: (quæ tamen verba satis obscura sunt) quod non satis convenit cum *d. l. 30. C. de iur. dot.* vbi res semper dicitur in dominio vxoris permansisse. Sed de hoc pluribus agitur infra *p. 2 disp. 7. th. 6.*

Etiam constante matrimonio.] Multo magis ait dari marito: & tamen non videtur, vt duobus eodem tempore in solidum eiusdem rei vindicatio detur. Et ita est, vt falsum sit, quod post Cuiac. Treut. ait. vxori etiam constante matrimonio vindicationem dari rei dotalis, per textus expressos *in l. 11 C. de iur. dot. & in l. d. te, 9. C. h. t. vbi Bart. Salic Castrens. & aly Dd* hoc notant, quod vxor durante coniugio rem dotalem vindicare non possit. Si quod enim est interim vxoris dominium, illud fere sine effectu, & vt ita loquar sopitum est, & quiescit: neque a Iustin. qui fœminarum in dotibus ius auxit, quicquam hic repetitur mutatum. Et nihil iuvat Tr *l. 3 C. h. t.* quæ non de fundo dotali, sed alio extra dotē loquitur, etiam hoc arg. quod cum marito coniungitur mater, quæ in dotalib rebus nullū ius habet. Et licet ex constitutionibus posterioribus maritum administratorem rerū præter dotalium ponas, eas tamen alienandi ius illi concessum non est. Quin etiam in ea specie fundum dotalem ponat, de quo tamen nullus interpretū illum locum accipit, dicerem speciale ibi esse, quod alienatio à marito contra legem nulliter facta sit: ideoque vindicationem vxori potius dandam esse, quam marito qui contra legē peccavit, & quantum in se fuit, fundum non dotalem efficere conatus est, cum alias etiam maritum contra proprium factum suum venire, minus congruum videatur.

LIT. C.

Non ei qui oblati libelli.] Hoc nō satis bene cum præcedentibus coniungitur: sed & insubtiliter dicitur, quod hæc actio non detur ei, qui lite pendente dominiū amisit: quoniam post litem contest hanc actionē denegari aut nō dari, proprie loquendo dici nō potest. Dicere voluit aut debuit, si post litem contest. petitor dominium amittat, iudicium ceptum finiri, & reum absolvi, quoniam cum ex causa huius actionis petitor per sententiam dominus declarari, eique tāquam domino res restitui debeat, etiam tempore sententiæ ferendæ dominium durare oportet: de quo vide etiam Ias *in §. omnium. Instit. de action. nu. 69. & Ioh. Fab. ibid nu. 16.*

LIT. D.

An bene ei qui demum post] Eadem subtilitate dicitur, ei dari hanc actionem, qui post litem contestatam dominus factus est: quia post litem contest. actio non dicitur dari. Dicere debuit si post litem contestatam dominium in persona actoris superueniat iudicium, tanquam retro quodammodo convalidatum peragi reumque ad restitutionem condemnari.

Quod de æquitate canonica.] Posterius hoc, vt superueniente dominio iudicium peragi possit, iure canon. tantum defendi ait Treut. *ex cap abbate 3. de sentent. & re iud in 6* Verū quod hoc iu e Canon. traditum est, exinde iure civili defendi non posse, minime efficitur: cum in d. cap. nulla mutationis aut diversitatis legum ciuiliū mentio fiat, sed pontifex, tanquam de iure recepta disputet. Neque absurde ex ratione iuris civilis hoc defendi posse videtur: quoniam sicut vtcunque regulare sit contra possidentē non dari hanc actionem, tamen nihilominus condemnatio sequitur, licet tempore litis contestatæ non possederit reus, modo tempore rei iudicandæ possideat *l. 27. § 1. D h. t.* Ita quoque quidni dicemus, licet regulare sit, non nisi domino dari hanc actionem, condemnationem tamen sequi debere, modo tempore ferendæ sententiæ dominium penes petitorem deprehendatur: idque etiam ita simpliciter proponit Jas *in §. 1. de action. nu. 66. post Bartol.* (male à Treutl. allegatum) *nu 19.* ad quos itidem se refert *Schneid. alleg nec minus Gloss. in l. fin de pignor. act* sufficere ait, si quis pendente iudicio ius habere incipiat: quamvis ratio differentiæ sit, quod à parte actoris res deducatur in iudiciū, vt disputat Iohan Fabr *in §. omnium. I. de action. num. 18* vbi etiā ex sententia P. & Iacobi, putat opinionē illam tantum procedere iure Can. & ideo servandam, quod omnes oporteat obedire Deo & Papæ.

Si modo simpliciter, &c.] Est ex *d. cap. 3. de re i ind. in 6* in quo curiosè distinguit Pontifex, an expressa causa speciali, an simpliciter actio in iudiciū fuerit deducta: quod in illo casu super eo, quod de novo emersit, & libello comprehensū non fuit, iudex non videatur posse pronuntiare. Quamvis fortassis defendi possit, cum hodie ipsi magistratus iudicent, etiamsi ex speciali causa actum sit, reum posse condemnari: quoniam nonnisi ab instantia reus absolvi possit, salvo manente actori iure, coram eodem magistratu expediendi, non videatur satis ex bona fide, istas ambages contestari. Plenius tamen distinguit

guit Jaſ. in d §. 1. nu 66. & ibid. Ang nu 9. ut condemnatio ſequi poſſit, etiamſi ex ſpeciali cauſa actum ſit, ſi modo hoc caſu ex cauſa de præterito dominium ſuperueniat.

LIT. E & F.

Ait ex duobus ei dari vindicationē, cui prius res tradita eſt, ſive ab vno, ſive a duobus nō dominis. In quo dupliciter notari poſſe videtur: tū quod traditio à non domino facta, ius vindicādi, de quo hic agitur, tribuere nequit, & ita rei vindicationem cum Publiciana, de qua in allegata l. 9. confundit: tum quia etiam vbi de Publiciana quæritur, intereſt an ab vno an à diuerſis non dominis pluribus res vendita ſit, vt docet d. l. 9. §. 4. de Publician. Et omnino ita ſe res habet, vt potior ſit, cui res prius tradita eſt, & hoc indiſtincte, ſi ab vno res duobus vendita & tradita ſit: ſin à diverſis, potior erit qui à vero domino rem emit, modo ſemel poſſeſſionem eius apprehenderit, quia ſc. tum dominus factus eſt: quod ſi à diuerſis non dominis venditio facta eſt, ille tuendus eſt qui poſſidet, licet alteri prius res tradita fuerit dict. l. 9. §. 4 de Public. action. Cuius vera ratio eſt, nō quod per traditionem prius factam accipienti dominium quæri non potuerit quia hæc ratio etiam militat, vbi ab uno nō domino vēditio facta eſt, & tamē hic præfertur, cui prius res tradita fuit, d. l 4. §. 9.) ſed hæc potius, quòd ibi de vno non domino quæritur, etiam tantum de vno iure, quod ille habuit, agi poteſt quod ius etiam non domini cum fuerit in poſſeſſione in primū accipientem totum translatum fuit, qui adeo merito præferri debet: at vero plures non domini æquale etiā ius in re habere intelliguntur, adeoque etiamſi vnus poſſesſionem ab altero nactus fuerit, ſecundo tamen emptori, qui poſtea poſſeſſionem nactus eſt, præferri non poteſt: quippe cum iſte ius ſuum in hoc fundet, tanquam illud ab altero non domino in ſe translatum accepiſſet: cum & alias qui poſſeſſionem v. c. ſciente venditore adipiſcitur, eam quaſi à venditore traditam accepiſſe cenſeatur vnus autem ſiue dominus, ſive non dominus per traditionem ſemel factam jus ſuum transfert, neque amplius habet, quod in alium conferat. Porro his non obſtat l. 14. qui potior in pign. &c. alia enim ratio eſt actionis hypothecariæ, alia vindicationis, alia ratio eſt hypothecæ, alia dominii Hoc traditione acquirendum eſt: illa etiam nudo pacto conſtituitur: & proinde nihil ad eius efficaciam aut perfectionem traditio facit, ſed ille obtinebit cui prius res fuit obligata: Magis videtur obſtare l. ſi ea res, 31. §. fin de action empt. quam Accurſ. explicat de caſu, vbi controverſia eſt non inter ipſos invicem, ſed cum tertio. Cuiac autem 18. obſ 31. controverſiam ea de re inter ICtos fuiſſe exiſtimat.

LIT. G.

Nec refert, ſi alteri inſtrumentum.] Intelligendum ſc. eſt, vbi inſtrumentum prius eſt traditū, quod alias nulla plane poſſit eſſe ratio dubitandi: atqui huic ſententiæ, quod potior ſit, cui res ipſa poſtea ius tradita eſt, eo, cui prius inſtrumentum fuit traditum valde obſtat l. 1. C de donat. vbi poſt tradita inſtrumenta, ſtatim rei vindicatio competit. Putabam dici poſſe, 1. Illud obtinere, vbi traditio inſtrumentorum, non concurrit cum vera traditione ipſius rei, quæ potentior eſt 2 ſpeciale eſſe in donatione, quam nulla munit ſtipulatio, vt eo caſu traditio inſtrumenti pro ipſius rei traditione habeatur, quod alia donatio inefficax erat futura quoniā eo iure ex pacto donationis nulla actio naſcebatur Verum, quo minus in his acquieſcam, illud facit, quod video in ſpecie d. l. 1. hoc ſtatui, inſtrumentis traditis ipſam rem traditam intelligi, quod ibid Bartol. Salicet & alij Dd. communiter notant, in eoque fallitur Treu. aut argutatum, dum rei traditionem, traditioni inſtrumentorum opponit: eſt enim & hæc licet ficta rei ipſius traditio. Et cum igitur iuxta vulgatum illud, tantum operetur fictio in caſu ficto, quantum veritas in caſu vero. & inſtrumento tradito, ipſa res tradita intelligatur, & dominiū acquiratur d. l. 1. C. de donat. non poterit per traditionem quantumuis veram ius alteri ex facta traditione quæſitum auferri. Firmatur hoc exemplo aliarum fictarum traditionum, velut eius, quæ fit per claves, de qua ita Iuſtin. in §. item ſi quis 45. Inſtit de rer diuiſ ſimul atque claves tradiderit, proprietatē mercium transfert ad emptorem alias hic quoque dici poſſet, præferendū eſſe eum, cui merces realiter traditæ eſſent. Enimvero, aut traditionem nullam eſſe, aut ſi traditio eſt, effectum ſuum obtinere neceſſum eſt, ſcilicet transferendi dominii, quo facto alia traditio poſt ſequuta nulla erit.

THESIS III.

LIT. G.

Negat hic, quod cautela Dd in iure fundetur, ut actor ſpecialem exprimat cauſam, qua non probata ad aliam poſſit recurrere. Ea tamen non obſcure fundatur in l. 11. §. 2. & 4. & magis in l. 14.

Sſ 2 de

§ 2. *de except. rei iud.* vbi dicitur eũ, qui rem agit, non expressa causa, omnes causas una petitione apprehendisse intelligi: & igitur reo absoluto quacunque ex causa præterita aget, obstabit exceptio, quod secus est, si adiecta causa egerit *d. l. 11. §. 1.* Neque obstat *c. 3. de sent. & re iud. in 6.* quia quod ibi dicitur non de simplici absolutione, sed ab instantia accipiendum est: & illo sane singulari casu, quo dominium post lit. contest. superuenit causam specialem expressisse nocet, quia ius postea: cæterum hoc nostro casu vtile hoc est, licet si actor in dolo sit, & fatigandi adversarii causa hoc faciat, removeri debeat, quod notat Zas. pro diss. non recte allegatus.

LIT. E.

Quod non idem est.] Ratio est, quia cum plane titulum dicere non cogatur, non poterit ipsi nocere, quod falsum titulum dicit.

Vnde recte Cuiac. elicit differentiam] Cuiac. cit. loc. differentiam illam inter petitionem hereditatis nõ explicat, sed hoc velle videtur, quod in rei vindicatione singulari non necessum sit dicere, an quis possideat v. c. pro empto vel donato, sed in petitione hereditatis necessum sit dicere, an possideat pro herede an pro possessore. Hæc quidem differentia cum translatione possessionis, de qua in th. tractatur, nihil habet commune: cæterum cum Cuiac. cit. loc. 10. *obser.* 1. etiam eum, qui pro possessore possidet, iuris hereditarii controversiam movere statuat, (quod tamen falsum puto, quid enim si quis possideat titulo singulari invalido? iuxta 13 §. 1. *de pet. hered.*) nulla videtur ratio cur conuentus dicere debeat & respondere, an pro herede vel possessore possideat, cum nihil hoc faciat ad variandum ius petitoris. Quin vt maximi qui rem pro possessore tenet, controversiam hereditatis non moveat, eadem tamen naturæ petitionis hereditatis esse videtur. Vt mihi probabilior fiat explicatio *Bulgari ad l. cogi. 11 C de pet. hered.* quã ibi refert *Accurs.* & contra obiectiones Cyn. & aliorum defendit *Salicet.* vt conuentus necessum habeat dicere: an possideat pro herede vel pro possessore, an aliquo titulo singulari, scilicet ad fundandam intentionem actoris: quoniam sicut cogitur quis respondere, an possideat nec ne, vt sciatur, an omnino tali actione possit conveniri ita quoque teneatur respondere, an possideat titulo singulari an pro possessore vel herede, vt sciatur, an vindicatione singulari, an petitione hereditatis sit agendum: qua explicatione stante, nulla *ex l. 11 Cod. de pet. hered.* inter duas istas actiones differentia effici potest. Porro *apud Iason. cit. loc. in §. omnium Institut. de action. num. 99.* de hac differentia nihil habetur sed neque existimat Iason. transferri ab eo possessionem, qui falsum dixit titulum: sed improbato Bald. qui generaliter hoc affirmauit, sententiam illius eo casu admittit, ubi eiusmodi allegatur titulus, ex quo nulla iusta possessio sequi potest: veluti si quis dicat emisse se, & probetur emisse à furioso, quod scil. hic possideat pro possessore, quod tamen probandum non videtur, cum etiam contra nudum detentatorem hæc actio detur, & si ab eo qui falsum titul. dicit, non aufertur possessio, nec ab eo, qui invalidum allegauit, auferetur.

LIT. E.

Ex possessione dominium.] Ait ex possessione dominium de præsenti non de præterito præsumi. Hoc quidem de præcedentibus non cohæret, & ipsum quoque dubium est; quia nullus alius istius assertionis in hac quidem materia potest esse effectus, quam, vt pro possessore, eo quod præsumatur esse dominus, pronuncietur. Atqui verendum ne verius sit, actorem non ideo teneri probare, quod reus dominus præsumatur, sed quod hoc sit commodum possessionis, vt nonnisi probanti dominium suum res sit restituenda. §. 4. *vers. commodum, Institut. de interdict.* adeoque vt vincat possessor, non necessum est, eum dominum vel esse, vel præsumi, sed sufficit, actorem dominum non esse, vel dominium suum non probare, neque si possessor dominus non est, petitorem dominum esse sequitur, cæterum potior est causa possidentis. vnde est quod possessor nec titulum possessionis suæ edere tenetur, *l. cogi 11. C. de petit. heredit.* Dicere autem debebat Treut. non quod præsumatur dominium de præsenti, sed, quod ex possessione de præsenti, præsumatur dominium. quomodo etiam loquitur Bartol. *in l. 12 Cod. de probat. num. 14. Castrens. in l. 2. Codic. eod* apud quem tamen non extant verba, *de præterito*, quæ etiam ad hanc controuersiam plane nec pertinent, nec faciunt. quia vt quis hac actione conveniri queat, nihil attinet, cum aliquando possessorem fuisse. Cur Z. Placent. pro diss. citat. non intelligo, vt qui teste Bartol simpliciter adfirmavit, ex possessione de præsenti dominium præsumi: quod & Vasqu. confirmat, ex hac ratione, quod cum quisque scire debet rem, quæ sua non est, ad aliũ pertinere, nemo tamen malus, sed potius quisque bonus præsumatur, quæ præsumptio, ne quid

ne quid dissimulem firmatur *ex l 2 C. de probat. in fin.* vbi actore in probatione cessante, dominium apud reum manere dicitur: nisi ipsam rem vel possessionem ibi per *dominium*, significari dicat: quod ibi etiam Acc. annotavit: etenim vt iam dictũ præsumptione vlla dominii opus hic non est, sed satis est reo, quod actor intentionem suam implere non possit, vt ipse ex regula iuris *in l 4. C de edend.* absolvatur.

THESIS IV.

LIT. A.

Decreti ambiguitate] Ait, quod Interpp. in explicatione § 1 *Instit. de act.* vbi dicitur actionem in rem contra eum, qui nullo iure nobis obligatus est dari fuerint decepti, & inter hos *Iohan. Faber. Iason & Zas* adeoque ex sententia Treut. etiam possessor rei nostræ, aliquo iure nobis erit obligatus Equidem qui expressa verba textus sequitur, deceptus non videtur: cæterum res non videtur difficilis, explicata homonymia verbi, *obligationis*: quæ vel sumitur proprie pro effectu conventionis aut delicti, quo sensu possessor recte nullo iure dicitur obligatus; vel paulo generalius pro vinculo quocunque quo tenemur aliquid facere vel restituere: & hoc sẽsu possessor quatenus instituto iudicio & probato dominio rem restituere cogitur, quodammodo, improprie tamen obligatus dici potest: quæ sententia Zasij est, qui cum hac in re à Dd. se discedere fateatur, non recte inter diss. allegatur, sicut nec VVesemb. & Hottom. qui nulla mentione alicuius controuersiæ facta, breuiter & simpliciter illum locum interpretantur.

Sive naturaliter, sive civiliter.] Interest hic, quomodo ciuilis & naturalis possessio accipiatur: siquidẽ de bonæ & malæ fidei possessione, cum Tr. *infra p 2. disp. 21. th. 1.* nulla etiam ratio dubitandi est: verum ita nec doctores allegati, nec textus iuris species istas possessionis explicant. Videtur autem Tr. hic Dd. sententiam sequi, quibus naturalis possessio ex corpore, civilis ex animo æstimatur, ita quidem vt etiam rei ab alio occupatæ possessionem animo retineri, & ita civiliter possideri existiment. Quo sane sensu falsum puto, hanc actionem dari contra eũ, qui hoc modo civiliter possidet Licet enim Jason *in §. omnium inst. de action nu 105.* communiter teneri tradat, quamuis hoc casu restitui res non possit, actioni huic esse locũ vt restituatur & præstetur illa ipsa civilis detentio, & cautio de restituẽda possessione adepta interponatur, ea tamen traditio Dd. erronea & falsa est, sicut & eorundem possessionis naturalis & civilis descriptio, de qua *infr d. p. 2. disp. 21.* Plane cõtra eum, qui ita possessionem animo retinet, vt rei corpore apprehendendæ, vbi velit, habeas facultatem, vtique hac actione tenetur: verum hæc non tam possessionis species, quam possidendi modus est, de quo pluribus d. loc. Recte autem apud Treut. licet forte præter eius mentem, quia possessionem opponit detentioni lit. B. naturalem possessionem, de quacunque rei incubatione, vt ita loquar, vel etiam de possessione titulo carente, accipiemus.

LIT B.

Vel saltem detinet.] Sub hanc speciem referendus erat ex litera A. in fine, qui alieno nomine possidere dicitur: quia hunc non possidere, sed tantum detinere constat, perinde vt commodatarius vel depositarius. Est autem inter hos & possessores veros, hæc differentia, quod illi actionem necessario non excipiunt, sed nominato possessore, quem verbo domini intelligit Tr. evitant, vt recte post *Dd. & Iason. in §. omnium Institut de action num 100. & seqq subijcit Treut. in fin d lit. A ex l. 2. vbi in rem actio*, ad quem locum Vulteius recte improbat eos qui correctam esse putant *l 9. h tit.* sed idem male etiam ad creditorem, & peius ad emphyteutam, qui tamen solus, dominus autem nullo modo ius possidendi habet, constitutionem *d l. 2.* extendit.

LIT. C.

Non tamen contra sequestrum.] Distinctionem recipit hæc quæstio, quod aut quæritur de ipsis sequestrantibus, aut de tertio. In illis negativa sententia vera est, non quod sequester restituere nequeat, sed propter legem sequestri, iuxta quam penes neutrum deponentium res esse debet: & cum par vtriusque ius sit, neutri præ altero, hæc actio cõcedi potest. Alia quæstio est, an tertius contra sequestrem hac actione vti possit: de qua videtur accipiendus Treut. quoniam de ead. Gœdd. quem Tr. citat & sequitur, disputat. Est autem hic contra Gœdd. vera sententia affirmans: quoniam si actioni huic locus est cõtra quemcunque detinentem, etiam commodatarium vel depositarium *l. 9 h. tit.* multo magis erit contra sequestrem. Et falsum est quod Tr. eum restituere posse negat: quia imo poterit non minus, quã depositarius vel commẽdatarius. Nulla igitur ratio est Gœd. quod sequester non possideat: vel quia hoc ipsum fortassis falsum est, de quo infra disp. 26. th. 9. vel quia ex parte cõventi non requiritur vera possessio, sed

quævis etiam detentio sufficit, *d. l. 9. h. tit.*

LIT. D.

Affirmat, quod sententia lata contra detinentem alieno nomine non præiudicet domino, id est, vel possessori, ne quidẽ in possessione. Quæ opinio vera non videtur, quia cum detentator ille rectè fuerit conventus, *l. 9. h. tit.* & adeo iudicium formula à prætore data, *Si paret actorem dominum esse, condemna*, rectè institutum, fieri non potest quin iudicii huius & sententiæ iuxta formulam pro actore latæ, sit aliquis effectus, qui plane esset nullus, si nec in possessione præiudicium afferret pristino possessori. Neque adeo obstat quod *Bartol. in l. 3. ubi in rem act. num. 17.* movet, rem inter alios actam aliis non præiudicare: vel quia cum iura permittant contra detinentem agi, non potest videri res inter alios acta, vel quia non tam fertur hic sententia contra detinentem, quam potius super iure ipsius rei & dominio actoris. Nec minus commentitiũ est quod Bart. ait, iudicem non habere animum alterum sua possessione privandi: quoniam cum & actorem dominum declaret, & ei rem restitui iubeat, de ipsius animo vix etiam dubitari potest, possit fortassis iudex cautionem exigere à petitore, de restituenda possessione, si re versus potiora ostenderit iura: sicut nec dubitem possessori vero dari hoc nomine actionem contra colonum, qui ipse actionem excepit, quam nominato autore suo evitare potuisset, iuxta *d. l. 2. C. ubi in rem act.*

LIT. E.

Rectè hic affirmat, quod non sit opus recurrere ad utilem actionem si reus lite contestata dolo desierit possidere: vel quia alias in potestate re esset eludere processum: vel quia etiam directæ actionis hæc natura est, ut iussum quidem de restituendo præcedat, sed reus non parens, quanti in litem iuratum fuerit, condemnetur. Sed iniuriam Tr. facit Ioh. Fabro qui in loc. cit. expressè negat, quod de novo actio utilis sit instituenda, & hoc saltem dicit, quod virtute utilis actionis fiat condemnatio: quibus fortasse verbis Tr. deceptus fuit.

THESIS V.

LIT. A.

Iuris in re asserendi.] Scilicet cautionis cuiusdã loco hoc adieci: Tr. ut ne istos, quibus utilis in rem actio da ur, dominos cogeretur fateri. Verum si propter ius in re constitutum actio in rẽ daretur, etiam fructuarius vel conductor hac actione experiri possent. Et falsum est, quod emphyteuta aut vasallus tantum ius in re per hanc actionem sibi asserant, sed omnino ipsam rem vindicandi ius habent.

LIT. C.

Rationem reddit, ob quam superficiario, utilis actio detur: videlicet propter utilitatem publicã, ne ob defectum actionis iure suo defraudetur. Verum I. nulla hic versatur publica utilitas. II. satis consuleretur superficiario per vindicationem iuris sui, qualis pro servitutibus introducta est: adeoque cum ipsa rei vindicatio ipsi detur, consequens est, eum quodammodo ipsius rei dominum haberi.

LIT. D.

Etiam ad modicum tempus] Probo hanc sententiam: quia, ut rectè Pinell. duriusculum est, ut quod de tempore dicitur in l. ult. si ager vectigali. ad tempus longum referatur. Ratio autem, cur hic indistinctè conductori reipubl. actio in rem detur, nõ tam esse videtur fides reipubl. vel principis, quæ affertur à Pinell. quam potius, quod cum alias conductor actione personali ad interesse contra locatorem experiatur, resp. & minus commode convenitur, & ipsa hac ratione molestia actionis liberatur. Cæterum in privato conductore videtur probanda distinctio Dd. inter conductionẽ brevis & longi temporis. quod talis conductor ipsam rem spectasse, nec conducturus fuisse præsumitur, nisi omnino ipsa re frui posset, ut ita quod *in l. 1. §. 3. de superfic.* de tẽpore non modico dicitur, non rectè a Pinello ad superficiem tantum restringatur: quamvis nolim simpliciter statuere, ea locatione longi temporis utile dominium transire: sed dicam, ex ratione prædicta utilem actionem accommodari, quæ tamen non tam sit nativa, quod titulus locationis nõ sit per se habilis ad producendum actionem in rem, quam potius dativa, *arg. d. l. 1. §. 3. de superfic.* ubi causa cognita actio in rem conceditur à Prætore: de quo pluribus inf. disp. 29. Ex quo efficitur, non satis bene conductorem cum Vasallo & emphyteuta hic in re coniungi.

Qui longo tempore præscripsit] Hoc iure novo admitto, postquã Iustin. usucapionẽ trãsformavit, & huius præscriptionisque iura confudit: cæteroquin ante qui rẽ præscripserat, non nisi utili actione poterat experiri: *de quo agitur inf. disp. 22.* interim v. opiniones Dd. relatas *à Bald. de præscript. p. 2. pr. qu. 2.* quorum hoc non caret ratione, quod ei qui sine bona fide 10 annis rem præscripsit, utilem tantum actionem concedunt.

Utili

Vtilis & ei accommodatur.] Citra vitium omitti nō potuit, quod longo alio sensu vtilis actio dicitur, quæ datur emphyteutæ vel vasallo, & quæ ex cessione domini acquiritur, non *ex l. 9. Cod de petit. hered.* sed ex constitutione nova, *Iustin. in l. vltim. Cod. de hered. vend.* vbi mihi valde suspectum est, quod Iustinian. certi iuris esse dicit, quod etiam emptori actionis in rem actio vtilis concedatur: quoniam actionis huius causa dominiū est, quod ex conventionibus non quæritur: id quod etiam Accurs. movet: & ratio luit, quod actionis verbum generale sit, principium petit: quia hoc ipsum in quæstione, an de omni actione prædicari possit, quod ea cessa vel vendita, vtiliter agendi ius transferatur. Cæterum illud cautione eget, quod ait, vtilem dari ei qui ex cessione actionem in rem adquisivit: siquidem cessionarius qua talis actione directa vtitur, sed ex persona cedentis, vtilis autē actio nomine proprio movetur: & ita ius est, vt qui nomen emit, mandatis actionibus directis ex persona cedentis, cæteroquin vtilibus ex sua persona experiri possit, quod docet *d. l. vlt. C. de hered. vend iunct. l. 18. C. de legat. l. emptor. ff. de hered. vend. l. fin de transact. l. 1. C de obl. act.*

LIT. E.

Item vero domino.] Cum dixisset, vtilem actionem dari emphyteutæ, vasallo, &c. subiicit, etiā dari vero domino contra eū qui dolo desiit possidere. Ubi aut verba, *vero domino*, supervacua sunt, aut continent oppositionem ad vasallum & emphyteutam, quasi his contra eos qui dolo possidere desierunt, actio vtilis nō detur. Quod verum non videtur, cum quoad effectum agendi, dominorum hi instar sint: & iuris sit, vt quod præstitum est ab eo qui dolo possidere desiit, non liberet possessorem, neque illi cedendæ sint actiones *l. 67. de rei vind.* cum doli sui patiatur pœnam. facit *l. 13. §. vlt. de petit hered & l. 95 § de lo de solut.*

LIT. F.

Etiam ante litem contestatam.] Parum subtilis videtur hæc ampliatio: quoniam si post litē contest. possidere desierit, actio non dari sed continuari dicitur. Sed Tr. his verbis improbare voluit sententiam Jas. & Zas. qui isto casu, vbi ante iudicium ceptum reus possidere dolo desiit, actionem vtilem negant, de quo actum est supra *disp. 11. th. 18.* Illud quoque nō bene Tr. quod confusè tractat de actione quæ dicitur vtilis ex persona agentis, & quæ ita dicitur ob personam rei conuenti vel conueniendi.

THESIS VI.

LIT. A.

Si iudicialiter.] Paulo laxius vtitur hoc verbo: & intelligendus est confessus in iure, quia post litem contestatam in iudicio facta confessio, nō potest fundare actionē. Quod autē vtilem tātū contra hunc actionem concedit, ex eo dubium fit, quod cum directa & vtilis fere formula differant, vtique haud dubio directam hoc casu formulam & actionem petit & impetit actor, vt qui offerentem, pro possessore habet, adeoque etiam eum tanquam possessorem convenit. Quod si enim illum non possidere sciat, ipse Treut. actioni locum esse neget: quod tamen limitandum est, nisi oblatione sua fecerit ne ab alio rem peterem *per l. 25. 26. & 27. in princip. h. tit.*

LIT. C.

Ait hanc actionem etiā dari in heredes, si rē possideant, & lis cū defuncto fuerit contestata. Equidē posteriori casu actio non tā dari, quam continuari dicenda est. Priori autē non tanquā hæredes, quia hæc actio personalis non est, sed tanquam possessores rei, conveniuntur. Illud etiam de casu litis contest. nimis generaliter affirmatur, cum præsertim ei opponatur casus hæredum possidentium: siquidem hæres non possidens absolui debet *l. 42. h. t.* vt proinde tū demum, vbi defunctus dolo desiit possidere, huic sententiæ locus esse videatur, *arg. d. l. 42.*

LIT. D.

An & is qui mea pecunia.] Post exempla proposita eorum, qui vtili actione tenentur, subiicit hic quæstionem, an qui mea pecunia suo nomine rem emit, illius emptæ respectu teneatur. Vbi si verba sequimur, quibus hæc quæstio cōcepta est, manifesto falsa efficitur sententia: siquidem, cum quæstionem Tr. negat certum, tamen est, quod hic ipse qui rem emit, & traditam suo nomine accepit, non vtili, sed vel maxima directa in rem actione conveniri possit. Sed nimirum quod allegata docent, hoc quærere voluit Treut. an illi cuius pecunia res empta fuit vtilis in rem actio concedatur: vt adeo hæc quæstio pertineat ad th. præced. neque tantum de emptore, sed quocunque possessore quærēdum est, an ei cuius pecunia fuit, actio concedatur: quia etiam vtilis in rem actio, non personam, sed rem persequitur.

Diversum in milite.] Videlicet militiæ armatæ; quod omnes *ad l. 8. C. h. tit.* Interpp. tradunt, nec quisquam eorum hoc ad advocatos porrigit;

sed in eo aliquos diversos fuisse ex Castr. & Sichard apparet, quod hoc ad milites actu militantes restrinxerunt, communis autem idem in veteranis statuitur.

Neque ad minorem.] Sequitur hic Antoni Fabr. quem à communi Schola bene recedere dicit: alias verba illa, *voluit Anton. Fabr.* etiam ita accipi possent, vt Fab. dissentire intelligeretur. Mirari autem licet, quod Fabr. & Tr. non viderint textum à Glos. & Dd. adductum *in l. 2. quando ex facto tutoris*, quæ manifesto pupillo & minori rei ex pecunia sua emptæ concedit vindicationem. Neque minus favorabilis pupilli vel minoris, quam militis ratio esse debet. quin imo ab illis ius hoc ad militem translatũ ostēdit. *l. si pecuniam 30. de reb. cred sunct. d. l. 2. quando ex facto tut.* Neque obstat *l. idem ff. qui potiores.* ex qua pupillus in re pecunia suā empta hypothecam habet, res autem mea obligata mihi esse nequit. Etenim respondetur, vel quod electio pupilli sit, an personalem actionem, & eius nomine hypothecariam, an vtilem vindicationem exercere velit: vel potius interesse, an res ab extraneo pecunia pupilli empta sit, quo casu tantum hypothecæ jus habeat. an ab ipso administratore, tutore vel curatore: quo modo indefinitam Gloss. assertionem, quæ decisionem *l. 8. C h. tit.* etiam in pupillo, & minore statuit obtinere, disertè limitant Cyn Bart. Castren & Sichar *in d. l 8.* Nec in obscuro est differentiæ ratio: quod administrator ex officio rē emisse præsumitur, & favore personarũ spectamus non tam quid administrator verbis expresserit, quā facere debuerit.

An idem iure dotali] Cum recensuerit personas, militē, advocatũ minorē, minus, commode subijcitur quæstio de re dotali, quæ ita potius formanda erat: an idem ius haberet vxor, si pecunia dotali res à marito fuisset cōparata. Est autem quæstio hæc ab hoc loco paulo alienior, eiusq; propria sedes *infr. p. 2. disp 7 th. 9* est plane circa eā divinatoria sentētia *Fabri 5 coniect 9 accipiētis l. 54. de iur. dot.* de re, nomine mulieris empta, & vel ideo improbanda, ꝙ hoc casu, nō dotalis, sed pleno iure vxoris efficeretur. Donelli sententia ad rationē iuris noui, ꝙ mulieri ius vindicādi res dotales etiā æstimatas cōcessũ est, probabilior est: cæterũ ob rationē iuris veteris, quo vxori tantũ personalis actio pro dote dabatur, *arg. l. 1. de fundo dot.* minus vera: & in eo labitur Donel. dũ *l 12. Cod. de iur dot* de dominio mariti dotali explicat, cũ tamen in ea lege tantũ personalis actio vxori concedatur, quā tētari potest, etiā ad ipsas res pecunia dotali comparatas pertinuisse, eoq; respectu iurisconsultum *in d. l. 54. de iur. dot.* dotales eas fieri dixisse. Rectius *sane Dd. Cyn Bartol. & Castrens.* vtilem tantum vindicationem in subsidium si maritus solvendo non sit, concedunt: *de quo pluribus p. 2. disput 7. th. 9.*

THESIS. VII.

LIT. A.

Quid si reus sine dolo.] Ait si reus sine dolo rem amiserit, vel casu fortuito perierit, absolvendũ esse. Illud fortasse rectius sub *th 5 lit. E.* propositum fuisset: cæteroquin verbo absolutionis latius vti videtur: quoniam de vtroque casu litis contestatæ & non contestatæ agendum sit, illic quidem absolui, hic autem liberari propriè dicitur reus.

LIT. B.

Quæstio hic proposita, an naturalis interitus rei ad debitorem pertineat post moram, ab hoc loco paulo alienior est. de qua etiam tractatur infra *disput. 20 th 14. & part. 2. disput. 3. th. 8.* vbi propria eius sedes. Cæterum distinctio Dd inter actiones personales & reales, vt sc. in illis facilius & citius periculum sit debitoris, duplici ratione nititur. I quia cum sententiæ illius quæ debitorē periculo astringit, hæc ratio sit, quod mora perpetuet obligationem ea, non ad reales, quæ ex obligatione non sunt, *§. 1. Inst. de act.* sed propriè ad personales pertinet, de quibus etiā nominatim loquitur *l. 108. §. 11 de legat. 1 l. 12. §. 1 depositi l. 23. 82. §. 1 & l 127. de V O.* II. quia cũ dominium, cuius probatio difficilima, in incerto sit, & vt maxime de suo iure dubitet possessor non tamen protinus petitorem dominũ esse sequatur, non debuit ille protinus ius suum indefensum relinquere, vt dicitur *in l illud. 40. de pet. hæred.* quod secus in actionibus personalibus, quæ ex conventionibus cum ipso debitore initis descendunt. Distinctio autem Treut non videtur satis rem expedire: quia aut per moram intelligitur quævis dilatio, & non æquum est reum teneri, si iusta differendi causa fuit vt maxime actor distracturus fuisset: aut frustratoria dilatio & iniquum est reum absolui, vtcunque actor distracturus non fuisset. Hotomanni inter eum qui frustratur, & simpliciter differt solutionem improbabilis distinctio est illustr. q 30. Quin existimari posit, quod proponitur à Iurisconsultis de actore distracturo, sententiæ illius, qua ad debitorem periculum rei post morā pertinere dicitur, non tam limitationem continere, quam rationem *arg. L. 47. §. vlt. de legat.*

vt

1. vt videlicet ideò teneatur reus, quod actor rem restitutam distrahere potuisset: eoque ipso exceptionem rei, quod res eod modo penes ipsum actorem peritura fuisset, elidere possit & infringere: siquidem alias illud, distracturum fuisse, certum non est: *sed de his pluribus d. part. 2. disputat. 3.*

Vt recte excipit furem.] Cur ab hac disputatione fur & raptor excipiendi sint, hāc rationem reddit Tr quod in restituendo faciant moram, eoque ad ipsos, semper rei interitus pertineat, quæ ratio, stante præmissa Tr. distinctione, vt nec post moram periculum ad debitorem pertineat, si actor rem distracturus non fuisset, concludere non potest: quod iuxta illam distinctionem mora sola non sufficit ad debitorem periculo rei a tringendum. Verum hóc in fure & raptore speciale nostro iure traditur, quod hi ex re ipsa moram facere intelliguntur, eoque tenentur, etiamsi citra vllam interpellationem res perierit. Ex quo tanto magis confirmatur, quod regulariter post moram periculum rei pertineat ad debitorem: sicut ex aduerso in creditorem, qui rem opportune oblatam non accipit. periculum transfertur: de quo in disp. de mora.

THESIS VIII

LIT. B

Nisi forte res sacra.] Ponit hoc exceptionis loco ad regulam, qua res commercio exemptas, & ita etiam sacras vindicari posse negauerat. Parū subtiliter: quoniam Episcopus vel œconomus res sacras iuxta *l. 21. Cod. de SS. Eccles.* non iure dominij sibi vindicat, sed ab alio occupatas, vsibus Ecclesiæ asserit: licet etiam hic inter res quæ recta cultui diuino dedicatæ sunt, & quæ forte ad alimenta Clericorum pertinent, v. caus. prædia Ecclesiastica sit distinguendum.

Vnde obiter deduci potest.] Plane alienum hoc est, quod de potestate patria hic inseritur. Et tamen haud scio, an satis excusari possit Iustin potestatem patriam simpliciter iuri ciuili adscribens: vel quia eam ex iure gentium omnino esse constat; vt diu ante Bod. docuit Arist. 8. Et hic 10. & 1. Polit. 1. patrifamilias tanquam principi omnes partes & membra familiæ subiecta esse: vel quia *arg. §. 1 tit. 7 lib. 1. Instit.* ratione causæ efficientis potestatem patriam & dominicam inter se opponere voluisse videtur. Et sane quod iure ciuili specialis aliquis modus petendi liberos introductus est, non ob id ipsa statim potestas ad ius ciuile referenda est, cum præsertim à potiori denominatio fieri debeat.

Ex lege Quiritium.] Qua scilicet adiectione distinguitur ab alijs remedijs quibus liberi à parentibus petuntur *l. 1. §. 2. h. t.* Puto autem illis verbis respici ad ius antiquum potestatis patriæ, quod dominicæ fere æquale ex l. Romuli, parentibus datum fuit: simul etiam quod intelligatur, vindicare liberos, non sicut res alias, sed iure potestatis Romanæ: vt proinde ieiuna sit argutia *Ant. Fab. miur prud. papin. tit. 8 pr. 6. illat.* quasi necesse sit adijcere causam potestatis. vindico filiū quia eum ex iustis nuptijs procreaui.

LIT. E.

Non tignum alienū ædibus iunctum] Non intelligo, cur appellet tignum alienum, cum tamen sic tignum meum sed ædibus alienis iunctum, quomodo fortassis loqui voluit Treut. vel eo respexit, quod quatenus vt pars ædium consideratur, alteri acquisitum videtur. Hoc sc. vindicari non potest *l. 6 ad exhibend. l. 23. §. 6. de rei vind. §. cum in suo 29 Inst. de rer. diuis. l. 1. de tign. iunct.* nisi ab eo qui sciens iūxit tanquam dolo desierit possidere *d l. 23. §. 6.* non ad effectum tradendi, sed vt quanti in litem iuratum fuerit præstanti teneatur: quo referenda erit *l. 98. §. vlt. de solut.* Concurrit autem hoc casu actio de tigno iuncto in duplum *d. l. 1. de tign iunct.* quæ an etiam contra bonæ fidei iungentem detur, & an hic eximendo & offerendo tignum condemnationem dupli euitari possit *infra part 2. disp 10. th. 9.*

Ne ruinis deformaretur ciuitas.] §. VVesemb pro dis. citatus *in § cum in suo instit. de rer. diuis.* illam magis rationem probet *quæ in d. §. proponitur*, ne ædificia rescindi necesse sit. Potest tamen vtraque coniungi: vt Leo XII. tabb. & commodum publicum, & priuatum simul spectauerit: quod sequente forte exemptionem ruina ædium, & vrbs deformetur, & nimis graue damnum iungenti inferatur: cū sufficere debeat domino rei, si duplum consequatur: facit quod in tigno vineius iuncto, vbi nullum deformationis periculum, idem statuit L. XII. tab. Ex eo autem quod hac litera de tigno iuncto & in seqq. ampliando & limitando disputat. Treut. apparet, ab eo confusim hæc tractari & res quæ natura sua vindicari nequeunt, cum alijs, quæ specialibus casibus, & causis, vel à certis personis vindicari nō possint, male coniungi.

LIT. F.

Non peculium] Opponitur peculium ita gregi, qui sub appellatione illa recte vindicatur: quod secus in peculio, quod diuersissimas plane res comprehendit, quæ singulæ vindicandæ

sunt *l. E 6. h. t.* ex qua simul apparet, vitiosam esse quæ à Tr. redditur rationem, quod nomine peculij specialis actio prodita sit *de qua lib. 15. tot. ti. de pec.* quia illo loco non de actione qua peculiũ vel legatum vel alias petatur aut vindicetur, agitur, sed de actione ex contractu serui peculiotenus contra dominum danda.

LIT. G.

Nec ager militibus assignatus.] Insubtilis plane hæc, quin & falsa limitatio est: quia vtique miles, cui assignatus est possessione amissa eũ vindicare poterit: sed rationis est, vt non possit vindicare eum agrum pristinus possessor, cui per assignationem illam militi factam princeps dominium voluit esse adeptum.

LIT. H.

At bene res præscripta.] Eiusdẽ farinæ hæc ampliatio est, quippe quæ etiam pro limitatione poni potuisset respectu pristini domini: cum ea sit vis præscriptionis, quæ assignationis à principe factæ. Cæterum iam supra th. 5. monuimus, quod ex ratione iuris veteris inter præscriptionem & vsucapionem sit distinguendum: quod illa tantum exceptionem & ad summum vtilem actionem producebat.

LIT. K.

Licet contra eum agatur.] Zas. citato loco in parat hic nominatim agit de præscriptiõe: & Balb. *p. 2. prin. quæst. 2. n. 8.* de eo qui 30 annis sine titulo præscripsit. & cum possessor sine titulo vel cum mala fide, non modo aliquo adquirendi, sed tãtum temporis exceptione defendi videatur, fortassis difficulter contra ipsum dominum actio ipsi concedetur: *de quo agitur inf. p. 2. disp. 22.*

THESIS IX.

LIT. B.

Vel apud iudicem domicilij.] Singularis hic est Donellus, qui tantum in loco rei suæ actionem in rem moueri posse contendit: *de quo actum supr. disput. 3. th. 1.* Illud plane plus habet rationis, vt res mobilis, quæ de loco in locum transferri potest, etiam in loco domicilij vel etiam vbi extat, petatur, si modo ita in eo loco extet, & ei fini, vt ibi manere debeat: quæ Bartol. male à Tr. lit. C. in fin. improbata sentẽtia est, *in l. vlt. C. vbi in rem actio mou.* 1. vbi ait multum, qui à mulione per aliquam ciuitatem agitur aut ducitur ibi non rectè vindicari.

THESIS X.

LIT. A.

De ancillæ partu.] Impertinenter omnino hic inmiscetur quæstio de partu ancillæ, an sit in fructu: quod negatur *in l. F. 8. de vsufr. & infr. & in §. in pecudum 38. Institut. de rer. diuis.* quibus objicit Tr. *l. 14. de vsur.* ita vt videatur probare sententiam Copij, hos textus inter se conciliari: nõ posse. Sed sic animaduertendum est *quod in d. l. 68.* proponatur quæstio de iure fructuarij, *in l. autem. 14 de vsur.* proprietas ancillæ legata est. Quoad effectum vt partus fructuario acquiratur, in fructu non est: sicut & in eo diuersa eius ab alijs fructibus ratio, quod non perceptione, sed vsucaptione à bonæ fidei possessore acquiritur *l. 4. §. lana 19. de vsucap.* Cæterum si de dominio ancillę quæras & de alijs quibusdam effectibus partus fructus iure est, & fructum conditionem sequitur: v c in restitutione fideicõmissi, *de qua in d. l. 14.* quæ etiam videtur sententia Cuiacij *in l. 4. de vsuca. verb. si defuncti.*

LIT. C.

Si iussus nolit.] Aut si iussus nolit, aut dolo faciat, quominus restitui possit, auferri rem manu militari. Atquin quod restitui nequit, auferri etiam non potest: neque enim hic Tr. de executione ex ratione iuris noui contra tertium, sed contra ipsum reum facienda tractat.

LIT. D.

Aut quantum aduersarius.] Duo hic membra proponit: quod aut auferatur res manu militari, aut condemnetur reus, quanti actor in litem iurauerit. Quæ oppositio minus videtur accurata. I. Quia etiam aliquãdo condemnatio fit quãti res est, si actor iurare nolit *l. 71. h. tit.* II. Quia condemnatio ad rem ipsam, debet conferri cum condemnatione ad æstimationem, manus autem militaris non condemnationem sed executionem habet: licet ita habeant verba *l. 68 h. t.* Et hinc III. Quia si rationem consulimus iussum iudicis non statim manus militaris, sed sententia de restituendo sequi debet: vel quia alias iudex officio suo, quod in absolutione vel condẽnatione consistit, functus non esset: vel quia iudex pedaneus manum militarem non habet, fieretque ita contra rationem iuris, & contra formulam à prætore datam, vt iudex non lata sententia definitiua partem remitteret ad prætorem. Quæ cum ita sint, & tamen ita vt Tr. scriptũ sit *in l. 68. h. t.* probabilis videri possit *Ant. Fa. sent. 8. 15 coniect.* 1 existimantis locum illum à Tribon corruptum esse. Nisi quis dixerit, minus ibi scripsisse quam sensisse ICtum, hoc videlicet, vt sententia definitiua de restituendo præcedat. Sed hic iterum obstat, quod actionum arbitrariarũ ea natura perhibetur, vt iussum præcedat, cui si non pareatur, condemnatio super

alio

alio quopiam sequatur: velut in actione quod metus causa si res non restituatur, in quadruplum: in rei vindicatione, quantum in litem iuratum est, condemnatio fieri debet. Et fatendũ sane est fuisse hanc ordinariam procedendi rationem, cæterum ex contumacia graviori, & ubi fortassis rem ipsam haberi plurimum actoris interesset, aliquando quasi extra ordinem ad ipsam restitutionem rei possessorem condemnari potuisse, non adeo absurdum videatur: de quo fortassis alibi plenior erit dicendi locus.

In infinitum] Hac de re, de moderatione taxationeque iudicis præcedente vel subsequente, *agitur inf. disp. 21. t. 11.* Interim sententiæ istius hæc ratio addi potest, quod dominus quasi invitus rem suam vendere cogitur. Ratio autem Tr. quod propter latam sentẽtiam reus amiserit beneficium solvendi quod interest hoc nomine notari potest: quod reus iam ante sententiam, statim ubi actori juramentum in litem delatum est, hoc beneficium amisit: tum etiam quod post sententiam frustra quæritur de præstatione alterius, quod necessitas parendi sententiæ evitetur: sed & in hac actione non interesse, sed ipsa res petitur, quæ si non præstetur, ex ratione iuris condemnatio fit in æstimationem, vel veram, *l. 61. de rei vind.* vel iuramento taxatã, quod propter contumaciam rei non restituentis defertur actori, & quo iuramento proprie loquendo facultas præstandi rem ipsam reo adimitur, quod iudex iuramentum illud sequi in iudicando teneatur.

Hic tamen notandum.] Nihil necessum erat, hoc de impensis movere, quod satis traditum erat. disput. præced. th. ult. cæterum illud vere dicitur, fatuum esse, qui rem restituit non deductis impensis: quoniam, ut notatum ad d. th. ult. amissa possessione, ad consequendas impensas actionem non habet.

THESIS XI.

LIT. B.

Sive titulum habet sive non.] Distinctio Gloss. hæc est, quod hic demum malæ fidei possessor, qui titulo caret, etiam de fructibus percipiẽdis, ceteroquin titulum habens tãtum de perceptis teneatur, *per l. si fundum 17 C. h. t.* ad quam vulgata responsio est proposita etiam à Vult. *1. disc. schol. 20.* quod argumentum à contrario sensu, maxime ex legibus Cod. nullas habeat vires, ubi textus extant contrarij: Ista tamen gl. distinctio non probatur à Dd. & Cyn. *in l. B. 2, C. h. t. n. 4 in fin* malæ fid. possessorem etiam cum titulo, de percipiendis fructibus teneri tradit.

LIT. C.

Relatio ad petitorem fiat] Videlicet si fructus præstentur, quos ipse petitor percipere poterat. Neque hinc Bart. sed hinc diss. Cyn. *qui in l. 22. C. h. t. nu. 6. q. 1.* relationem vult fieri ad possessorem, extra unum casum, quo hic fuit interpellatus) male allegatus dissentit, sed *in l. & ex diverso. 55 h tantum 4.* tantum excipiat casum, quo res ab aliquo petitur, alio quam dominij iure. Non tamen erat, quod Bartolus moveretur *per l. domum 5. C. h. t.* vel quod ibi etiam iure dominij res petita videtur, nisi quis tanquam contra sine titulo possidentem hereditatis petitione actum fuisse proponat: vel quia regulariter ead. ratio percipiẽdorum fructuum posita paritate personarum, in petitore & in possessore intelligitur: ut proinde Imp. licet *in d. l. 5.* possessore loquatur, non tamen propterea relationem ad petitoris personam faciendam esse neget, *vide etiam Br. in d. l. domum Cod. h. t. & ibid. late Salic. n. 4.*

LIT. D.

Non nisi extantes.] Textus est *in l. 22. C. h. t.* quẽ Donell. male interpretatur de fructibus ad huc pendentibus: quoniam hi tanquam pars fundi, cum ipso fundo sine dubio veniunt restituendi. Et sententia eius quod naturalis possessor industriales fructus ita faciat suos ut nec extantium nomine teneatur, hactenus reperit assertorem. Ratio eius fere unica est, quod fructus illi ipsa perceptione facti fiunt bonæ fidei possessoris, & quidem ut est *in l. 28. de usur.* pleno iure: ut proinde ipsi aufferri non debeant: quæ ratio est acquirendi modorum, ut dominus semel factus, dominus maneat, neque citra factum suum dominium ab ipso avocari possit: idque firmatur *ex l. 4. §. 19. d. usucap.* ubi dicitur lanam detonsam statim fieri bonæ fidei possessoris, nec usucapi debere: ut adeo perceptio ipse tantum quantum usucapio præstare videatur. Sed huic argumento duplex parata est responsio. I. quod bonæ fidei possessor dicitur fructus suos facere ad hunc effectum, ut eos consumere, & consumptos citra metum restitutionis lucrari possit: quod alias qui dominus non est ius retinendi libere, eamq; consumendi non habet. II. quod statim & pleno iure fructus dicitur suos facere oppositive. v. c. ad partum, qui cum in fructu non sit non nisi per usucapionem acquiritur: quod secus est in fructibus, qui sola perceptione acquiruntur *l. 4. §. 19. d. usucap. l. 28. §. 1. d. usur.* Et postquam igitur

igitur receptũ est, vt perceptio modus sit acquirendi fructus, & gradus dominij nulli sunt, sed cuiuscunq; rei dominus sũ, eius plenus dominus intelligor, inde fructus etiam statim pleno iure bonæ fidei possessoris effici dicũtur. *d. l. 28 in pr.* Accedit & II. ꝙ *in pr. de acquir. rer dõ.* fructus *int.* bonæ fidei possessoris fieri dicuntur. Et nimitũ percipiuntur illi iure dominij vel veri, vel præsũpti, quale esse dici potest in bonæ fidei possessore, qui dũ de alio domino nõ constat, propter bonam fidem & titulũ, interim domini loco habetur, & durante adeo illo statu omnes omnino fructus suos facere creditur. Atqui consideramus casum mutati huius status, & quatenus vero domino rem euincente possessorem dominũ non fuisse probatum est, iam quasi retro fructus non suos fecisse censetur, sublataque adeo causa, & succedente regula iuris, quod ex re mea notum est, meum esse, merito extantes fructus vna cum ipsa re euicta sunt restituendi: & sola remanens ratio culturæ & curæ, infirmior est, quam vt bonæ fidei possessori, ad retinendos fructus, nisi quatenus in culturam impensum est, possit patrocinari. Consumptorum autem nomine ne teneatur, æquitas suadet & ratio, quod illo tempore percepti & consumpti sunt, quo adhuc ius illud bonæ fidei possessoris in integro erat.

LIT. E. & F.

Traditur hic loco regulæ hæc propositio: bonæ fidei possessoris perceptos & consumptos, tam naturales quam industriales fructus fieri. Quod paulo confusius proponitur. Tria autem explicanda sunt 1. quid sit percipere 2. quid sit bonæ fidei possessoris fieri. 3. sitne ead. ad diuersa fructuum perceptorum & consumptorum, naturalium & industrialium ratio, tum quoad acquirendum, tum quoad restituendum. Quod ad primum attinet, differentia hac in re traditur inter bonæ fidei possessorem & fructuarium *in l. 25. §. 1. vers praterea d. vsur. l. 13. quib. mod vsusfr. amit.* quæ dupliciter accepta est ab antiquis interpretibus, vt referunt. Cyn. *in l certum. 22. C h. t. nu* 1. Bart. *in l. ex diuerso 35 ff. eod.* quod alij etiam solam separationem in fructuario sufficere existimarunt, modo ab ipso vel ab alio eius nomine fructus à solo fuerint separati, bonæ fidei autem possessoris effici fructus à quocunque tandem separati fuerint: alij vero in bonæ fidei possessore simplicem separationem sufficere, in fructuario insuper actum aliquem vlteriorem collectionis aut auectionis requiri statuerunt, quorum sententia magis probanda videtur, *ex d. l. 13. in fin. quib. mod. vsur. fr. amit.* Quod ad alterum attinet dicitur aliquid fieri alicuius absolute & perfecte, citra vllum metum auocationis; aut non omnino perfecte sed reuocabiliter, vt loquitur Cyn *in d. l. 22. C. h t num. 5. in fin.* Posteriori sensu sola etiam perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei possessoris. *l. 4. §. 19. de vsucap. l. 28 in princ. d vsur.* Priori sensu bonæ fidei possessoris dicuntur fieri consumptione, quod ICti vocant lucrarj. *l. 4. §. 2. fin. regund.* Ex quo apparet non recte hac phrasi ipsius fieri vsum Tr. quoniam quod limitatio subiecta *nisi locupletior factus sit.* ostendit, per eam, plenariam omnimodo & perfectissimam acquisitionem, contra vsum iuris intelligi oportet. Sequitur tertium ꝙ difficiliorem habet tractationem. Et de industrialibus conuenit inter Dd. quod percepti fiãt bonæ fidei possessoris, sed reuocabiliter, vt loquitur Cyn. *in l. 22. C h. t n. 5. in fin.* vt scilicet extantes restituat, lucretur autem consumptos. De naturalibus controuertitur inter Dd. qui communissime fructus naturales bonæ fidei possessoris fieri negant *per l. fructus 45. d. vsur.* neotericos quosdam VVesembecium, Fabr. Vulteij. à Treutl. citatos, qui affirmant *per l. 28. in princip de vsur. l. 48. in princ. de acquirend. rer. domin.* Respondent hi varie ad *dict. l. 45.* Alij etiam bonæ fidei possessorem sine titulo restringunt *Alb. Gentil. 4 lect. 19.* quæ olim fuit sententia *Oldrad. referente & probante* Bartol. *in l. ex diuerso 35. hoc ait.* Iulius Pacius *ad l. 2 C. de condict. ex lege,* inter possessorem titulo lucratiuo, & onerosо. Anton. Fab. *4. coniect* 17. emendato textu, legit, *sicuti cuiuslibet bona fidei possessoris.* Eam explicationem argutam appellat Vulteius, sed oppido quam concinna mihi videtur: vel quia per se incongrua locutio est, fructus non fit eius, sicut cuiuslibet bonæ fidei possessoris: vel quia subiecta ratio, quia non ex facto eius nascitur, emendationem illam respuit, & ea ratio etiam bonæ fidei possessori conuenit: vel denique, quod maritus propter voluntatem coniugis donantis, recte cum bonæ fidei possessore fructuum respectu comparatur, hactenus videlicet, quod vterque non naturales sed industriales perceptione facit suos: in aliis etenim diuersa vtriusque ratio est & melior coniugis, qui nec de industrialibus extantibus tenetur, quoniam non censetur coniux propterea factus locupletior, quod secus est in bonæ fidei possessore Gouea. 2. *varia. l. 15.* distinguit inter perceptione.

tione.n

tionem & consumptionem, qua demum, non vero illa fructus naturales bonæ fidei possessori acquirantur. Verum cum quærimus, an fructus fiant possessoris nec ne, de perceptione eorum quærimus, *arg. d. l. 28. & l. 25 § 1. de vsur. l. 48. de acquir rer. dom Vultey denique 1. discepat. scholast. c. 20.* sententia, *qui l. 45. de vsur.* accipit de possessore qui aliquãdo bonę fidei fuit, nõ diuinatoria tantum, sed à verbis etiam & mente Iurisconsulti prorsus aliena est. Etenim, vt illam strictim confutemus, qualitas quæ à subiecto discessit, maxime postquam noua & contraria superuenit, non nisi falsò aut inepte de subiecto prædicari potest: & hac explicatione admissa inepta esset decidendi ratio, ob quam non faceret fructus suos. *Quia non ex eius facto nascerentur*: inde enim fructus naturales eius esse cum necessario consequatur, vtique malæ fidei possessori nullus omnino fructus adquiri constat: facit, quod cõparatur cũ eo possessore, qui licet titulo ex iure ciuili inhabili, voluntate domini tamẽ possidet. Et videamus igitur, an non Dd. sententia probabiliter defendi possit, cum Neotericorum opinionem ingens illa varietas suspectam facit. Igitur pro communi respondebimus *ad l. 28. de vsur.* quod in hac quæstione, vbi quærimus, an bonæ fidei possessor fructus faciat suos, omnes illi fructus industriales censeantur. qui citra impensam & sumptus non producuntur. vel saltem ex ijs rebus producũtur, in quas possessori sumptus facere necesse est: vt proinde hoc intuitu etiam agni & vituli industrialibus fructib. accenseri possint: facit quod Bart. *in l. 35. h. t. & Cyn. in l. 22. C eod. n. 1.* arbitrio iudicis aliquando permittendum tradunt, an fructus naturales an industriales sint habendi: *Ad l 48. in pr.* responderi potest: vel cum *Gloss. in d. l. 35. h. t.* quod opera & industria propria opponatur industriæ alienæ: quoniam à quocunque v. c. cõferatur solum bona fide possessum, & à quocunque etiam segetes demetantur, bonæ fidei possessoris fructus efficiuntur: vel ex particula *interim*, quam in simili ita explicat *Cuiac. in l. 48. de acquir. rer. dom. tract. 7. ad Affrican.* cui addi potest quod aut consideramus statum illum, quo vero domino ignorato possessor instar domini habetur, & omnes omnino fructus suos facere videtur: aut vero rei veritatem, quod dominus non est & cum iure soli fructus non acquirat, quia quod ex re mea nascitur meum est, & cesset ratio culturæ & curæ, factæq; impensæ, de qua *in § si quis 35. Inst. de rer. diuis.* non potest etiam fructus vere & iuridice, ad hanc materiam naturales suos facere videri. Et hinc explicandum est. quod dicitur *in l. 25. § 1. de vsur.* in percipiendis fructibus, quod prædiorum dominis idem bonæ fidei possessoribus ius tributum esse: licet hoc quoq; dicatur respectu modi percipiendi, in quo vt paulo ante notatum, bonæ fidei possessor à fructuario distinguitur. Porro, vt hoc addamus, disputatio hæc magis in subtilitate quadam constare, quam alicuius effectus magnopere esse videtur: siquidẽ constat, industriales iuxta ac naturales extãtes restituendos esse: nec minus hoc constat, quod de consumptis naturalibus bonæ fidei possessor non teneatur: quæ ipsa Dd. communis sententia est post Gl. *in l. 35. h t per § si quis 36 I. de rer. diuis. & § etsi 2. versic si vero d off. iud.* quoniam vt Salic. *ait in l. certū 22 h t. n. 3.* neq; dolo neq; culpa eos possidere desierit. Superest saltem differentia in modo fructus naturales consequẽdi quod, *vt Gl. d. l 35. h. t. Cyn. in l 22. h. t. n. 11* naturales fruct⁹ extantes rei vindicatione, industriales cõdictione vel officio iudicis veniunt restituendi. Alia circa consumptos differentia colligitur *ex d. Glo* quod naturalium nomine teneatur in quantum factus est locupletior, industriales autem omnimodo lucretur quam olim etiã sententiam fuisse Petri refert Cyn. *in l. 22. C h. t. n. 5* eademq; probat Cast. *ibi.* Licet Cin. *d. loc.* magis videatur etiam hic cõcedere condictionem, quæ etiam Bart. est sententia *in d l ex diu. 35 h t. n. 7* idemq; videtur sentire Treu lit. G. dum indistincte subijcit limitationem. nisi locupletior factus: pro quo facit *l. 25. § 11 de petit. hær. l. 1. C. eod.* quamuis fortassis differentiæ ratio dari possit, inter rei vindicationẽ singularem & petitionem hæreditatis: vel quia cum alias benigne agatur cum possessore in hoc debeat grauari, & cũ eo iure sit, vt libere rebus hæreditarijs vti possit, vt teneatur si hæreditatẽ citra dolum minorem fecerit. *d l. 25. § 11.* etiam quo locupletior factus est, merito restituet, vel quia cum possideat titulo natura sua lucratiuo, nihil etiam omnino ex hæreditate retinere debet, eiq; sufficere quod non meretur in damno: vel denique quod cum fructus augeant hæreditatem, simul in ipsam petitionem venire videntur. Possit alias sententiæ illi, quod etiam industriales, in quãtũ locupletior possessor factus est condicantur, hoc temperamentum addi, vt obtineat in locupletatione euidẽtiori: veluti si possessor v. c ex venditione aliquod modiorũ frumenti maxime si paulo ante motam controuersiam, conditionem suã fecerit meliorem: cæterũ

in qua-

in quauis locupletatione, si forte in administratione rei familiaris consumpserit eos, vt maxime alias de suo erogare quid habuerit necesse, opinionem illam non admiserim.

THESIS. XII.

LIT. A. B. & C.

Ait quod litis contestatione malæ fidei quis possessor fiat æque ac scientia. Quæ comparatio cum mica salis & secundum quid accipiēda est, vt scil. post litem contestatam res euicta proponatur alioquin si reus absolutus sit perinde habendum quoad fructus ediderim, ac si nunquam controuersia ipsi mota fuisset: idque sentit *Br. in l. 35. h. tit.* vbi ait, si ficte per lit. cont. superueniat mala fides, quod possessor fructus faciat suos licet re euicta eos restituat: sicut ex diuerso respectu vsucapionis ipsius rei plus nocere creditur mora controuersia, quam superuenientia malæ fidei *de quo agitur infr. p. 2. disp. 22.*

Vnde satis euinci potest] Ratio peremptoria est quia constitutus est in mala fide. vt frustra laboret Fach. respondere ad textus, quibus vsucapionem litis contestatione non interpellari probatur ex quo si in hac materia inferre liceret, etiam eo casu, quo eadem instantia durat, fructus non esse prestandos, sequeretur. Sed scil. alia ratio fructuum, alij rei vsucapiendæ est: & ita iure veteri receptum erat, vt vsucapio ciuilis acquirendi modus etiam post litem cōtestatam compleri posset. *de quo inf p. 2. disp. 22.*

LIT. D.

Affirmat hic, quod hæres malæ fidei possessoris ignarus, eodem modo quo defunctus, & ita vt malæ fidei possessor debeat damnari. Decisio huius quæstionis, pēdet ab illa, an qui postea in mala fide esse cœpit, quia resciuit rem alienam, porro fructus suos facere pergat. Pugnāt circa hoc *l. 25. § vlt. de vsur. & l. 48. § 1. de acquir. rer. dom* hæc negat, illa affirmat. *Accurs. in l. 35. h. t.* ait quod *in d. l. 48.* ICtus loquatur opponendo non ponendo: quod conuincitur falsum ex ipso textu & recte improbatur a *Cyn. in l. 22. C h. t. num. 7.* Sed non melius rem ipse expedit ibid. n. 5. quod possessor superueniente mala fide faciat quidem fructus suos *l. 25. § fin d. vsur.* sed nihilominus eos restituere teneatur re euicta: licet reipsa idē sentiat *Cuiac. in l. 40. d. acquir. rer. dom. tractat. 7. ad Afr.* Etenim non hic de effectu rei quærimus, & si postea re petita & euicta possessor omnium fructuum ab eo tempore, quo superuenit scientia rei alienæ, perceptorum nomine tenetur, reuera fructus suos non fecisse dicitur. Quidquid sit, ego sententiam Pauli *in d. l. 48 § 1 d. a. quir. rer. dom* rationi magis puto conuenire, ex elegāti differentia, quæ ibidem inter vsucapionē ipsius rei, & acquisitionem fructuū traditur. Illa vna est, in eaque spectatur principium vnum & semel tempore acquisitæ possessionis. Acquisitiones fructuū multæ sunt, & separatæ, ideoque etiam multa principia, & in singulis singula sunt consideranda. Qua differentia Iurisconsultus *in dict. l. 48.* remouet obiectionem ab vsucapione rei desumptam & concludit, non esse quoad fructus bonæ fidei possessorem, quamuis capiat, scil. vsu rem ipsam: idque illustrat *in fin. & contrario*, quod aliquando fructus suos faciat qui rem ipsam capere nō potest. Accedit *l. 40. in fin. de acquir. rer. dom.* Quæ ratio est operarum in seruo bona fide possessio, eadem ratio est fructuum. Atqui superuenientem mala fide & scientia possessor serui alieni ex operis eius non acquirit. ergo, &c. propositio probatur *ex dict. l. 40. in fin. versic. etenim simul.* Assumptio probatur *ex ead. l. in princ.* & apertius *ex l. qui bona 24 § primo, eodem tit.* vbi Iurisconsultus respondet tam diu possessori acquiri quam diu bona fide seruit & seruit pro ratione, quod non initium possessionis, sed singula momenta, quibus scil. de operis serui tractatur, vel quibus operas seruus præstat, sint spectanda: quæ posteriora verba *Ant. Fabr. 4. coniect. 16.* plane insulsè & absurde tanquam imperiti interpretis expungit: cum tamen elegantem & certam rationem habeat & omnino idem traditum sit *in l. 40. & 48. de acqu. r. rer. dom.* Porro quæ ratio est superuenientis in malæ fidei in eadē persona eadē est superuenientis in persona diuersa, ea videlicet quæ repræsentat personā defuncti, hærede. Nimirū si defunctus in bona fide, hæres in mala fide sit, vsucapio quidem rei procedit, sed fructus suos hæres non facit, quod tanquam certum tradit *Bart. in l. 35 h. t.* & probatur tum ex ratione supra dicta, tum ex *dict. l. 40 in princ. de aquir. rer. dom.* Et ergo ex diuerso si defunctus fuerit in mala fide, hæres in bona, licet ipsam rem vsu non capiet, fructus tamen facit suos. Quod prioribus & rationi omnino consequens, adeoque vt ad thesin nostram reuertamur falsum est, quod Treul. hæredem licet ignarum perinde vt defunctum qui malam fidem habuit damnatum esse affirmat. Nec quicquam pro Treutl. facit *l. vita. 11. C de acquir. posses.* in qua & de vitio reali, & procul dubio de vsucapione ipsius rei tractatur. Quod autem Treut. *in d. l. 11.* pro se adducit, lectori imponit:

ponit: siquidem apud Bartol. Bald. Salic. *in d. l 11.* nullũ eadē re verbũ. imo Gl. ibidem discete contrarium probat, quod vitia realia durent in persona vniuersalis successoris quoad vsucapionem, nō quoad fructus: adducta *l bona fid. 48 §. 1. de acquir. rer. domin.* ibidemq; *in eadem l. 11.* nō obscurè probat Cyn. in terminis huius quæstionis referens se *ad dict. l. 48* Et Fach. citatus a Treut. iniuriam facit Bartol *in l 35 hoc tit. num. 12.* vbi respondet de casu contrario, vbi defuncto possessori bonæ fidei successit hæres qui malam fidem habuit. Et idem Fach. non cœpit neque intellexit fundamentum Copi *ex dict. l 48* Et ad *l. 2. C. de fructibus & lit expens.* qua sola nititur Fachin. facilis responsio est, quod ibi agatur de casu hæredis post litem motam succedentis.

LIT. E.

Alia hic proponitur quæstio, quomodo & quousque habeatur fructuum ratio, si homo petitus post litem contestatam decesserit. Vbi probo distinctionem Anton. Fabr. an perierit culpa & dolo possessoris, an sine culpa vel dolo, de quo posteriori casu, commodè accipitur sententia Labeonis *in l penult. t h.* quam ibid. limitat Paulus, nisi ea conditio fuerit hominis, vt inutiles eius operæ fuerint factæ: quo scil. casu nullam etiam fructuum rationem habendam esse, ratio. nis est Cuiac. au em sententia 7. obseru. 34 obscure satis ibi loquentis, vel minus idco probanda, quod illud quidem dici potest, vbi dolo possessoris interijt homo habendam tantum rationem fructuum vsque ad tempus mortis: illud autem dici nullo modo potest, quod tamen ex Cuiac. sententia efficitur, vbi sine dolo vel culpa perijt, fructuum rationem vsque ad tempus rei iudicandæ habendam esse. Adeoque male Cuiacius de hoc casu accipit *l 17. §. 1. h. t.* quæ nō absurde & ipsa ad eum casum referri potest, quo dolus vel culpa possessoris interuenit: nisi ex eo, quod post moram *in d. l 17* homo interijsse dicitur, colligas possessorem fuisse frustratorem, cum quo durius sit agendum, cum alias non quiuis qui iudicium suscipit, ex quo protinus in mora constituatur *arg. l illud 40 d pet. hæred* Et ergo possessor aut est frustrator, & quomodocunque mortuo homine vsque ad tempus rei iudicandæ fructuum ratio habebitur: aut istam causam suscipiendi iudicium habuit: & hic aut postea circa mortē hominis dolus vel culpa eius interuenit, & idē statuemus quod in casu priori: cur citra culpam fato suo functus est, & tantum vsq; ad tempus mortis fructuũ ratio habebitur.

THESIS XIII

LIT. A.

A non domino.] Hoc quidem constat, pro non dominis hanc actionem introductam: sed illud quæritur, an non etiam vero domino accommodari fauorabiliter possit; quod videtur negare Treut. siquidem ab eo pro dis allegari affirmãt. Res non videtur difficilis: Nimirum dicemus dari vero domino, sed non qua tali, neque quatenus pro tali se gerit *l. 1. § 1. de publ.* sed sub qualitate bonæ fidei possessoris, ob difficilem dominij probationem Neque nouum est, vt introducta pro casu necessario, porro ad alium porrigatur: quod exemplo bon. possessionis cont. tab. pro emancipatis primum introductæ, & ad suos productæ, confirmat Iohan. Fab. *in § sed ista Instit. de actionib.*

Cumulari cum Publiciana] Cumulari proprie illæ actiones dicuntur, ex quarum vtraque simul aliquid petimus & consequi possumus: quo sensu duas istas actiones cumulari non posse apparet: & Gail. citatus. 1 obser 61. non de cumulatione, sed alternatiua harum actionum coniunctione loquitur. quæ alternatio cumulationi contraria est. Itaque hoc modo duæ istæ actiones proponuntur, vt propter difficilem dominij probationem Publiciana subsidiariæ habeat rationem.

Non tam à iure.] Alternatio, de qua iam dictum, iuri nostro contraria non est, imo licitam esse probatur, *ex l 1. §. 4. quod legat* vbi dicitur posse dictari duas actiones cum protestatione, quod ex alterutra velimus consequi quod non contingit. Quod autem cum cumulationem iure nostro plane ignotam esse subiungit, falli eũ existimo: qui cum concursus actionum duplex sit vel vt vna aliam consumat, quem concursum electionem Dd appellant, vel vt etiam cum vna aut post vnam alteram intentare liceat: ab illo quidem cumulatio plane aliena, huic autem omnino affinis, neque alia vtriusque diuersitas est, quam quod ex ratione iuris nostri diuersæ actiones apud diuersos etiam iudices, cumulatione autem factâ apud eundem iudicem instituuntur: quod quidem processui hodierno, quin & iuri ciuili post sublatum morem dandi iudices conuenit, cum alias etiam iure antiquo non raro cōnexæ actiones ad eundem iudicem mitti solerent.

Nec distinguo verus an putatiuus] Nimis generaliter hoc dicitur, quod tantum verum est, vbi iusta putandi causa est: cæterum titulus puratiuus

tiuus ad vsucapionẽ nõ prodest *v. §. Error 11. Inst. de vsucap l. 27. d. vsuc. l. 11 pro empt l. vlt. § 1. pro suo.*

LIT. B.

Vt nequid Ecclesia.] Ratio dubitandi addenda erat ex *l. vt inter Cod. de SS Ecclesijs*, ex qua ecclesia dominium rei etiam sine traditione consequitur, vt ibidem communissime notant Dd. ideoq; cum idem priuilegium *de l. ciuitati datum sit*, non tantum de Ecclesia hoc proponendum erat Lapsus autem est Treut, in citando Iasone, quoniam hic *in dict. l. diserte post Innocent.* & Bald. eo casu autor Publiciana vti poterat, etiam ecclesiæ citra traditionem publicianam competere affirmat, videlicet ex persona autoris: quod ipse Treut. th. sequent generaliter affirmat quoties sine traditione dominium acquiritur: probatur *l. 1. §. 2. de public.* vbi ICtus quærit, cui traditionis mentio facta sit in edicto, cum tamen & alijs modis transferatur dominium, veluti per legatum: quæ oppositio inepta & nulla esset, si hoc quoque casu traditionem interuenire necessum esset: facit *l 12. §. 1. eod. titul*, licet eius specialis ratio dari possit, quod etiam iacente hæreditate, vsucapio continuetur. Ex propria autem persona, quia possessionem nondum adeptus est, non poterit mouere publicianam: quod etiam notant *Ias in §. sed ista l d action. n. 75 & ibi. Ias. nu. 13.* licet videatur aliud probare Ioh. Fab. *in d. § col 3.*

LIT. C.

Iure Canonico continuata requiritur.] Controuersum hoc est, an stante traditione Iuris Canon. ille cui mala fides superuenit publiciana vti possit: quod recte videtur negare Treut. cum Ioh. Fabr. Ang. & Ias. *in d. §. sed ista Instit d. act.* quippe cum fundamentum publicianæ sit ius vsucapiendi. Neq; obstant rationes *Iasonis in dict. §. num. 82. & sequentibus.* I. quod ius canon. non sit extendendum; quoniam hoc non fit per extensionem, sed per necessariam ex eo iure consequentiam, quod negata vsucapione, negatur publiciana, & Iure Canon ead est ratio idemque effectus malæ fidei superuenientis. quæ iure ciuili initio præsentis. II. quod amissa possessione & ita interrupta vsucapione publiciana habeat locum: quia diuersa ratio est vsucapionis interruptæ per amissam possessionem. & secundum Canon. plane vitiatæ per superuenientem malam fidem, quæ facit, vt fictioni, qua hæc actio fouetur, nequeat esse locus.

Mala vero fides tradentis] Prolixa disputatio est, an & quatenus mala fides autoris noceat successori, de qua agitur *infr p 2. disput 22* Vbiq; non impedit, quo minus successor singularis vsucapere possit, adeoq; & publiciana experiri: nõ obstante *authen mala fidei Cod. d longi temp præscript. Nou. 119 c 5.* quoniam, vt Ias notat *in d §. sed ista Instit d action. num. 80 Iustin.* eo casu non sustulit præscriptionem, sed tempus prorogauit, & alias eius qui bona fide accipit, melior quam iniqui detentatoris conditio esse debet.

LIT. D.

Qui nec dum vsucepit.] Prætenditur tamen impleta vsucapio *d. § sed ista* de quo bene *Ias. n. ibid. contr. Ias Ang. & Schneid num. 45.* & qui existimant, quod auctor debeat profiteri vel se dominum non esse, vel se dubitare an autor fuerit dominus.

THESIS XIV.

LIT. A.

Ait enim ex persona autoris amissa possessione mouere hanc actionem, qui sine traditione dominium accepit Atqui cum th. præced. tantum non domino det hanc actionem, non recte hic dominium acceptum præponit. Sed &, si possessio amissa fuit, ergo prius eam acceptam, & ita traditionem factam esse necesse est Et vero cum actionem ex persona auctoris proponat, possessio acquisita poni non debet, quem etiam casum tractant citati Ias. & Zas.

LIT. B.

Aduersus detentorem.] Vt huic actioni locus sit, oportet possessionem rei esse sine titulo & bona fide *arg. l. 9. § si duobus*, vbi hoc notat Bart. *d. publ act. Ias. in § sed ista l. de act n. 19. & ibid. Ias n. 29*, quod vbi cætera paria sunt, potior debet esse conditio possidentis.

LIT. C.

Etiam contra eum qui pro herede] Contrariam sententiam magis probo cum Ias. *in d. §. n 29* nõ tam ex ratione, qua ipse mouetur quod possideat pro domino, quam potius, quod possessionem & titulum habeat. Nam quod Iason eitat. *pro herede*, titulum esse negat, in homonymia phrasis illius lapsus est: quia pro hærede, vel significat tenere pro domino, tanquam vniuersitatem, quo sensu pro herede titulus esse negatur iuxta notata disput. præced. & contra talem possessorem petitio hereditatis datur: aut significat possidere rem singularem in hæreditate repertam, quo sensu, pro hærede titulus ad vsucapiendum habilis adeoque vere titulus est *§. furtiuæ versicul vnde in rebus. l. D. vsucap. t. t. Cod. & D. pro herede.*

THE-

THESIS XV.

Quæ lit. A. & B. habentur, perspicua sunt: reliqua de partu ancillæ furtivæ ab ea quæstione dependent, an hic vsucapi posſit: quam reiicimus *ad diſp. 22.*

DISPUTATIO XVI.

DE VSVFRVCTV.

Reſpondente.

HENRICO à Qualen.

THESIS I.

LIT. A.

EST *ſervitus perſonalis.*] Genus hoc quidem rectè ſe habet *l 1 d ſervit.* Sed etiam deſiderat differentiam, quod cõgruè dicitur ſeruitus vtendi fruendi. Neque *in l. 1 h. t.* ius ſervitutem ſignificat, ſed vſusfructus ibi relatione ad fructuarium habita definitur: quod Donell. 10. *commentar.* 2. notat in definitione iſta ius ſignificare poteſtatem & facultatem, contra Accurſ. qui explicat pro ſeruitute. Haud ſcio etiam, an rectè omiſerit verba: ſalua ſubſtãtia: quoniã ius vtendi, fruẽdi etiã cũ iure abutendi conſiſtere poteſt: neque enim qui dicitur quaſi vſusfructus, ſub hac definitione contineri debet.

Quatenus commoda utentis.] Cautione hic opus eſt, vt hæc verba commode accipiantur: nam in vſufructu etiam ius vtendi ad voluptatẽ ineſt: & in realibus ſervitutibus principaliter ſpectatur vtilitas prædii, vltra quam non poteſt extẽdi ea ſeruitus *l. 5. § 1. & l. 6 d ſervit. prædior. ruſtic.* cum præſertim ipſe Treut. *diſp ſeq th. 5.* ius decerpendi pomum & ſpatiandi in alieno referat ſub ſervitutes.

Ea ſervitus privativè.] Imo magis relative hæc opponuntur: neque ſatis intelligo, quomodo hæc ſervitus dominium vel dominio priuare dicatur: ſicut nec illud ſatis aſſequor, quomodo per translationem hæc vindicatio ſeruitutis eſſe dicatur, ſiquidem ſervitus de qua l. 1. agitur, toto genere differt ab hac ſervitute, quod rectè tradit *Donell. 9 comment. 21. & 22.* vbi Accurſii quadrimembrem diuiſionem improbat. Hominum libertas eſt nullo ſeruire: prædiorum nulla talis libertas eſt, ſed ea libera dicuntur, ſi vni domino ſerviant.

Cum aperta conventio] Servitus eſt talis vel natura ſua vel ex accidenti *l. 4. de ſervitut præd ruſt.* Intereſſe autem videtur, an v. c. ius eundi per fundum concedatur nullum habenti fundum, quo caſu omnino ius perſonale eſt: an habenti fundum, vt tamẽ ius ad perſonam reſtringatur: & hoc caſu ſervitus natura quidem realis, ſed effectu perſonalis erit, *ex l. 4. in pr. de ſervit.* ad inſtar obligationum, quæ ad tempus conſtitutæ, non ipſo iure, ſed per exceptionem finiri & tolli dicuntur: itaque reipſa ſeu ipſo iure etiã tranſibunt in heredem & alium poſſeſſorem, ſed exceptio obſtabit eam vindicantibus, quæ ex ſententia *Gl in l 4 ſerv. ruſt itemque Ioh & Azonis referente* Bart. *in l. Mela §. vlt. d aliam leg.*

LIT. B.

Rectè igitur ab hoc tractatu removetur.] Videtur imputare Dd quaſi hi aliter ſentirent, & diſtinctionem vſusfructus in formalem & cauſalem ad hunc tractatum referret. Atqui illi non dubitant, quin hoc lib. 7. tantum de vſufructu formali agatur, & eum in genere ſumptum, pro iure ſalva ſubſtantia vtendi, per differentias, rei propriæ & alienæ in cauſalem & formalem diſtinguunt. Eſt tamen illa acceptio rarior, & ſpecies ea vſusfr. eſſe negatur *in l 63. h. t.* vbi ICtus argutatur quod poſſimus transferre ad aliũ quod noſtrum non eſt: quia imo illud ipſum ius quod cedimus, noſtrum ſed ſub alia qualitate, quam incipiat habere heres eum cui ceditur. Et hanc diſtinctionem, ſive his verbis propoſitam, ſiue ſub appellatione, nudi & pleni, ipſe Tr probac hac lit B. vbi ait quod rectè Cuiacius ſtatuat, loca illa iuris, quæ vſumfructum, partem fundi eſſe ſtatuunt, de vſufructu pleno eſſe accipienda: hoc enim poſito, præter vſumfructum de quo hoc lib. 7. tractatur aliam reperiri ſpeciem, neceſſario conſequitur, nec minus ex, quod ait *in th. tit D.* hic non ſumi pro dominio vel eius parte: & ergo alibi ita ſumetur ex ſententia Tr. quæ tamen vera non videtur: quoniam aliud eſt dici fundi, aliud dominii partem, quæ pro eodem ſumere videtur Tr. Cæterum illa ipſa ex Cuiac. propoſita aſſertio, vera non eſt: ſiquidem non vno loco iuris etiam vſusfructus formalis partis locum obtinere dicitur, ratione emolumenti *l. 66 § 6 d legat. 2.* quod cum ipſe Treut. affirmat *lit D. & F* vix à contradictione poterit excuſari. Cæterum *Cuiac. ei loc. in l. 58 d V O.* hãc propoſitionem habet, quod leges, quibus vſusfructus pars negatur, de vſufructu nudo ſint accipiendæ: alterius autem propoſitionis quibus

affirmatur, sint omnes explicandæ de vsufructu pleno, nulla apud eum est mentio.

Imo ipsum plenum dominium.] Dubito an vsusfructus causalis recte dicatur ipsum plenū dominium: quia licet vt coniunctus cum proprietate consideratur, ab ea tamen omnino diversitas est, & in vsu iuris ei opponi solet.

LIT D.

Interdum partis loco.] Odiose hoc totidem verbis repetitur in ipsa *th. lit. F & G.*

Vnde rursus dominium] Non satis animaduerto, quomodo ex præmissis, quod vsusfructus partis vicem obtineat, distinctio Dd. in dominium vtile & directum cōvellatur: nisi forte ita colligit, quod cum fructuarius ad quem omne emolumentum spectat, dominus non sit, ab vtilitate rei dominiū vtile non posse constitui. Sed prætetquam quod illatio est à particulari, neque si aliquis qui vtilitatem ex re percipit dominus non dicitur, ideo nullus dominus talis erit: etiam hoc vitium est, quod non solum vtilitatem & fructus, sed longe plus vasallus & emphyteuta habeat & præcipuè ius vindicandi etiam contra ipsos directos dominos, *2 feud tit. 8. & t. 47.* Itaq; qui solus ius agendi & plenissime re vtendi habet, non absurde dominus appellari potest.

LIT. G.

Agitur hic de explicatione *l 4 h t* vbi in multis vsusfructus pars dominii esse dicitur: quæ verba Tr. corrigit: quod vsusfructus propter emolumentum pars dicatur. Verum non conueniunt sequentia verba ne[illegible] etiam, ꝗ in multis pars dicatur, quia vsusfructus semper continet totum rei emolumentum. Rectius dicemus, quod *in d l. 4.* vsusfructus opponetur cæteris servitutibus realibus quæ nihil plane cum dominii iure commune aut simile habēt, neque vt vsusfructus ex die constitui possunt. Recte *Canon. 4. comment. 6 n 2* vsusfructus inquit, in multis casibus iisdem iuribus, quibus dominium, censetur, sicut & vsufructuarius quædam iura dominii habere videtur, quod ei & de damno infecto caveatur, & interdictum vnde vi concedatur. Nec multum hic abit *Pinell in l. 1. Cod. de bonis matern p. 3. num. 4 post Gloss. in d. l. 4. h. tit.* quod vsusfructus propter similitudinem in aliquibus cum dominio pars eius dicatur. Vide *ibid* opiniones aliorum relatas Pinell *num 1. & seqq & apud Gaddeum l. 25 d. V. S* Donell 10. *comment. 2. Cuiac ad l. 36. §. 1. h t tractat. 5. ad African. Mercer. id opneil:atore pag. 54.* In hoc autem falli videtur Treut quod Dd. imputat, quasi hi partem dominii *d l. 4. §. h tit. 4* de domini vtili explicarēt. Etenim Accurs aitesse partem dominii per similitudinem *Br. in ead l. 4. post Pet.* eo respectu ait dici partem dominii, quo hoc & proprietatem & usumfructum comprehendit *Bl ibid.* quod aliud sit dominium proprietatis, aliud vsusfructus Florian quod sit pars integralis.

THESIS II.

LIT. A.

Auferri patri per avum] Male hoc de avo tantum proponitur, cum quivis ita relinquere filio possit ne ususfr ad patrem pertineat *N. 117. c. 1.* Cæterum rectius dicemus, non tam quod LL. novis quos citat Tr. vsusfr patri sit constitutus, quam quod adempta proprietate, quam olim habebat, nudus ei ususfr sit relictus.

LIT. A.

Non tamen in feudo.] Rationes hæ afferuntur à Vult. *1. feud 4 n 8.* 1. quod feudum sit instar peculii castrēsis *arg. l. 1. C. d. castr pec.* 2. quod in feudis parentes non succedant liberis. 3 quod circa servitia videatur electa industria personæ. 4. quod feudum sit nihil nisi ususfructus, qui si patri adquireretur, nihil penes filium remaneret, quibus rationibus licet eas Vult. ex intima iuris feudalis prudentia desumptas esse dicat, est quod reponatur. Ad 1. non quidquid ob servitia militaria datur, protinus peculium castrense esse, *per d. l. 1. C. d castr. pecul* sed nec omnia feuda militiæ causa dari constat. Ad 2. quod non de iure succedendi hic quæritur: sed de iure patris cui vsusfructus debetur: neque acquiri feudum patri, sed tantum quamdiu vivit, fruendi ius, quod diversum est à feudo penes filium manente, & huius quasi proprietatem quandam, quam in feudo considerari etiam ratione vasalli posse, docet *tit. 43. lib. 2 feud* & ipse Treut dum *lit.* statuit à vasallo vsumfructum in feudo constitui posse, separationē feudi ab vsufructu admittit: quod & ius subinfeudandi ostendit: vt proinde falsum sit, feudum nihil esse aliud quam vsumfructum: quibus & quartæ rationi satisfactum est cui & hoc addo, quod etiam si nil amplius in feudo esset, tamen ob id patrē iure suo privari non debere: quod ex iure ciuili confirmatur, quo etiam vsufr simplex in quo præter vsumfructum nihil est, per filiumfam cui relictus vel constitutus est, patri acquiritur *l ult. C. l. l.* Ad 3. Resp. seruitiorū feudaliū non esse eam naturā, quo minus etiam per aliū expediri possint: quod ipsum etiam feudum concedendo filiofam,

do filiofam. dominus tacite permisisse videtur, perinde ac euenit, vbi feudum servo, muto, surdo, clerico, fœminæ vel pupillo concessum est: aut imputet sibi dominus, qui non sub ea lege fundum cõcessit, ne vsusfruct. esset patris: quod cum facere posset. *Novell.* 117. *c.* 1. *Authent. item hæreditas. C. de bon. qualibet.* nec fecit. tanto magis servitia patris admittere tenebitur: quamuis *Sonsbec. de feud pag.* 8. *num.* 8 filium ipsum servitia præstiturum, & nihilominus partem fructus lucraturum existimet.

Lit. D.

Tertium hic exemplum ponit vsusfructus à lege his verbis *matri ad secunda vota transeunti in bonis à patre profectis, quæ ex successione filij prioris matrimonij habuit.* Atqui I. qui plenus existens dominus, amissa proprietate nudum retinet vsumfructum, ei non satis recte vsusfructus constitui dicitur, II. quod proponit de amissione proprietatis, non tantum obtinet in bonis per successionem quæsitis, sed etiam iis, quæ mater à defuncto marito recta & immediate accepit *l.* 3 *C. de secund. nupt.* III tãtum hoc obtinet in successione ab intestato, & eius partis, quam ex institutione mater habet, proprietatem non amittit *N.* 22. *c.* 46. IV. non tantum in matre, sed etiam patre idem ius esse, docet *Nov.* 22. *c.* 2 *&* *N.* 127. *c.* 3. eamque communissimam opinionẽ esse patet ex Bartol. *decis.* 185 *num.* 7 *& decis* 187. *per totum.* Possit dici Tr. hoc exempli tantum causa proposuisse, verum ead. breuitate coniugis mentionem facere potuisset.

Lit. E.

Item vsucapione.] Non tamen, vt prioribus casibus, immediatè, sed interveniente facto hominis. Possit etiam referri ad constitutionem à domino factam ifta te fictione *l.* 18. *d. V. S.* quod qui vsucapi rem suã patitur, alienare videatur.

Non directo, sed prætoris tuitione] Nimirum summo iure solus rei dominus v. c. rem pignori dare, vel vsumfructum constituere potest. Verum ex æquitate hoc iis quoque permittitur, qui ius plenissimum re vtendi habent eoque prætor æquitatis custos, hos, quibus ab illis ius tale constitutum est, quatenus domino nullum inde generatur præiudicium, contra ipsum dominum tuetur, per textus à Tr. allegatos *iuncta l.* 11. *§* 2. *d. pignor.* Cæterum quod de vasallo hoc idem ait, idem dubiũ capit, quod ille mero iure feudali sub infeudandi ius habet, in quo etiam amplius, quam in simplici vsusfructus constitutione esse videtur: & alias ex eod. iure feudali vasallus in sui præiudicium servitutem feudo imponere potest 2 *feud.* 8.

Lit. I.

Secus esse ait in quasi vsufructu, qui tantum vltima voluntate constituatur Quod non ad remotiora, (quoniam pater proculdubio etiam reb⁹ filii fungibilib⁹ vtitur fruitur,) sed ad proximius referendum est, quo de vsufructu à domino constituto tractatur: vt intelligamus vsumfructum quasi, non ex contractu constitui. Et vero Sctum hoc in gratiam testatorum introductum videtur: & nulla fuit ratio, vt propter conventiones viuentium, qui alias quo volunt modo pacisci possunt, quasi contra naturam rerum, hoc constitueretur: qua de causa *in §.* 3 *I h. t & tit D. vsufr.* tantum legatarii & heredis fit mentio: & nominatim *in l.* 1. *eod tit.* senatum cẽsuisse dicitur, vt omnium rerum vsusfructus legari possit. Quamuis non satis solida ratio differentiæ occurrat, quæ impediat, earum quoque rerum conventione vsumfructum cõstitui posse, postquam Scto introductum est: vt talis vsusfructus esse & dici possit: siquidem & testator vel sub hac l. donare, vel heredem, v. c. pecuniã tanquam mutuam alteri concederet, damnare potuisset: aut si naturæ harum conventionum qualitates istius vsusfructus repugnare dixeris, idem conuentionibus viuentium obstabit: & si conuentio hæc; vt aliquis pecunia alterius quam diu viuit, sub lege tantundem restituendi vtatur, iure donationis vel mutui æstimari non potest, & ea tamen iure valida est, ius ex ea quæsitum, non nisi quasi vsusfructus appellatione poterit venire. Et vt maxime senatus de vsufructu tantum legato loquutus fuerit, hoc tamen ad conuentiones viuentium potuit produci. Illud vtique constat, cum omnium bonorum vel partis vsumfructum inter viuos constituere liceat, in eo etiam ius vtendi rebus fungibilibus contineri.

THESIS III.

Lit. A.

Ait si vsusfructus vltima voluntate constitutus sit, traditione vel patientia opus esse. Vbi initio, hæc duo, traditio & patientia, non recte vt diuersa opponuntur: quia ipsa patientia in rebus incorporalibus traditionis loco est *l.* 3 *in pr. h. t.* Deinde videri possit, vsumfructum non per vindicationem, sed tantum per damnationem relinqui potuisse *arg l.* 19. *de usufruct. legat l.* 1. *§* 2. *si vsusfructus petatur d l.* 3. *in princ. h t.* si quidem vsusfructus in facto consistit *l. vn. in princip.* quando

quando dies vsusfructus. &c. & quatenus servitus consideratur, non est, nisi postquam per separationem constitutus est *l. 26. de vsusfruct. leg. & Iustin. in l penult. C. de vsusfruct* ita loquitur, ac si tantum actio personalis pro vsufructu legato competeret. de quo infra th. 7. Sed tamen in contrarium facit, quod etiam potestate iuris separati, & constitui potest vsusfructus, non minus ac servitus realis *per l. 19. § quemadmod servit. amit.* & quod *l vn. in fr. quando diu. vsusfruct. &c.* de actione vsusfructus proponitur, ad actionē personalem referri non potest. facit *l. 10 & 29. de vsufr leg* Verum vtcunque ita ipso iure vsumfructum constitui dicamus, nihilominus tamē falsum videtur, quod nulla traditione opus sit, quia alia ratio iuris, alia ratio possessionis est: quo modo etiam dominium proprietatis in legatarium transire dicitur, vt tamē nihilominus ipsa ab herede sit accipienda r. t. quod legatorū: vt proinde non concludat Tr. ratio quod legatum ignoranti acquiratur. Cæterum ex ratione iuris veteris multum hic intererat an per fideicommissum, an per legatum & hic rursus qua formula legandi vsusfructus esset relictus: quas differentias sustulit Iustin. De eo autem, quod hic aspergit Tr. an ipsum dominium, an tantum actio personalis ignoranti legatario acquiratur, tractatur *infr p. 2. disp. 13.*

Illud certum est] Propositio hæc, quod pro vsufructu legato ante præstitam cautionem nec personalis acquisita sit, manifesto contradicit priori, qua vsusfructus ipso iure constitui, ignoranti quoque adquiri affirmatur. Et magis est vt illa falsa sit: quia ratio præstandæ cautionis non impedire potest actionis natiuitatem, sed tantū per modum exceptionis efficere, vt executio & præstatio ipsius vsusfructus differatur.

LIT. B.

Vsusfructui vltima voluntate relicto, opponit constitutum inter vivos: circa quem in re corporali opus esse ait traditione sed in incorporali patientiam pro traditione esse. Atqui iam ostendimus hac in re vsusfructus vltima voluntate constituti diuersam rationem non esse. Sed & aut agitur de subiecto vsusfructus, & illud semper corporale est, aut de ipso vsufructu, & hic semper est incorporalis: neque vero hic rei ipsius, sed iuris traditione opus est *l. 3. h t.* Vix enim est, vt Tr ita accipi possit, quasi in genere hoc proponeret, & vsumfructum per patientiam transferendum aliis rebus corporalibus, in quibus traditio vera intervenit, opponeret.

LIT. C. & E.

Tractatur hic, quando dies vsusfructus legati cedat. Et aut legatus pure, & cedit ab adita hereditate, aut ex die, & cedit tum demum, vbi dies venit: vt ita cōtra quam alias obtinet tempus cessionis & adventus diei concurrat. Ratio duplex dari posse videtur I. quod vt in aliis legatis & obligationibus dies statim cedat, ad eū finem & effectum præcipue introductum videtur, vt ius agendi possit transmitti in heredes: quia cedere diē significat, incipere deberi: vsusfructus autem in heredem, cuius diversa ratio & conditio est transmitti non potest. II. quia ad vsumfructum constituendum, facto & legatarii & heredis opus est: quod innuit. Tr. dum ait lit. C. vsumfructum non intelligi, nisi sit qui vti frui patiatur. Quibus ipsis verbis videtur everti, quod ait lit. A. patientia opus non esse, nisi quis hic distinguendum existimet inter patientiam facto per inductionem declaratam, & quodammodo iure præsumptā. Atque hinc explicandus est *§ 2. in princ. l. vn quando dies vsusfruct* vbi cur ab adita hereditate dies demū cedat, hanc rationem reddit ICtus, quod tunc demum constituatur vsusfructus, vbi quis iā frui potest: quoniam, vt dictum est nondum adita hereditate, nulla patientia, nullaque adeo fruitio esse potest: quod non animadverterunt, qui particulam, *enim*, ex illo loco tanquam spuriam eiecerunt. Ex iisdemque explicatio sumitur *§. vlt. eiusdem l. vn.* quod ante diem vsusfructus nihil agitur, cum in aliis casibus ante diem male agatur: si quidem illo casu cum nondum cessérit dies, nec adeo nata sit obligatio, nulliter agi necessum est. Hoc autem casu post cessum diē nata obligatione, ipso quoque iure natam quoque actionem esse, adeoque in iudiciū sed cum periculo plus petitionis deduci posse consequens est; quod recte notat *Gloss. ad d. §. vlt.* & probant rationes adductæ à Cyn *in l. vn. C. vt actiones ab heredibus, &c.* De qua quæstione, an ante diem obligationi adiectam ipso iure nata sit actio? (non enim est huius loci) vide *Florian. in d. l vn § vlt. quando dies vsufr.* Bart. *in l ita stipulatus 115 d V. O* & latissime Cyn. *in d. l. vn. C vt act. ab hared &c.* vbi tamen male contra Gloss. in negativam sententiam concludit.

LIT. F.

Cum dixisset vsumfructum constitui in rebus immobilibus & mobilibus, subiicit in allegatis sic feudum est vsusfructus in fundo constitutus. In quo I. nulla est connexio. II. feudi subiectum latius

latius est quam fundus III. male videtur feudum vsusfructus definiti per ea quæ dicta sunt ad th. præc lit. B.

LIT. G.&H.

Etiam incerta.] De hoc nihil apud Conan. cit. loc. sed quod pars de dimidia intelligatur: vt ita Tr. partem incertam appellare videatur, vbi nulla quotæ adiecta designatione partis vsusfructus legatus est. Atqui cum hic ex iure dimidia intelligatur, incerta hæc pars recte dici non potest *argum leg 26. in fin. de acquiren. possess.* ex qua colligitur incertæ partis proprie sic dictæ non recte vsumfructum relinqui.

Non debet excedi dodrantis æstimatio.] Duplex sensus esse potest, quod dodrantis tantum possit relinqui vsusfructus, & quod omnium omnino bonorum, ita vt pro conditione personæ cui relictus est, proprietatis nudæ æstimatio, & ita Falcidiæ ratio ineatur. Illud locum habet in liberis *Nou. 18. c. 3.* hoc in extraneis hæredibus: idque est quod Bartol. *notat in l. 1. §. si vsusfructus, n. 4. ad l. Falcid.* si propterea valeat quartam, quod nihil ex vsufructu detrahatur.

An tenetur ad soluendum æs alienum.] Res expedita est, quod in effectu vsufructui decedit: cæterum cum vsufructuarius non sit hæres, nō poterit à creditoribus conueniri, in eoque errare videtur Bart. *in l fin de vsufruct. leg.* existimans eandem esse rationem, siue quota hæreditatis proprietarie an vsufructuarie legetur.

LIT. K.

Ait vsumfructum constitui posse etiam pro parte divisa, & rationem subiicit in allegatis, quod fructus sit in fruendo vel percipiendo, id cum in facto consistat recipere divisionem: & inde porro concludit vsumfructum diuiduum, cæteras seruitutes indiuiduas esse. In quibus non semel peccare videtur. I. quia cur vsusfructus pro parte diuisa constitui possit, vera ratio est, quod ipse v.c. fundus recipit diuisionem, quo sensu dicitur *in l. 25 quibus modis vsusfruct. amitt.* certæ partis videlicet pro diuisa vsumfructum esse posse, ipse autē vsusfructus in partes actu diuersas distingui non potest: nulla adeo est ratio Tr. quod fructus sit in percipiendo. Et ergo II. diversæ quæstiones commiscentur, an constitui possit pro parte diuisa, an sit diuiduus. III. nec concludere videtur ratio pro diuiduitate vsusfructus, quod consistat in facto: quia siue singula facta consideremus, ea potius indiuidua sunt, siue plura & diuersa, nō minus ita vsus, imo cæteræ quoque seruitutes fuerint diuiduæ. Male igitur ex præmissis, & ex eo præsertim, quod pro parte diuisa constitui possit vsusfructus, ad eius differentiam à cæteris seruitutibus infertur: maxime cum etiā seruitutes reales in diuersis partibus fundi constitui possint. Et igitur manet adhuc inexplicatū, qua ratione vsusfructus diuiduus, vsus & reliquæ virtutes indiuiduæ dicantur. Duplex quæstio esse potest, an sit diuiduus vt constitutus, ratione fructuarij an vt cōstituendus, respectu v.c plurium hæredum. Et hic dici possit, plures hæredes non in solidū singulos obligari sed prestatione partium fundi liberari. Verum hæc quæstio hinc quidem aliena videtur, prior autem huius loci, *argum. leg. 19. de vsu & habitat.* vbi dicitur frui nos pro parte posse, pro parte vti nō posse. Ex quo refutatur explicatio Gœdd. *in leg 25. de V. S. num. 18.* ideo divisū esse vsumfructum, quod penes alium fructus, penes aliū vsus esse possit: vel quia ICtus in ipso fructu diuiduitatem illam collocat, vel quia ex verbo, vsusfructus, rationem decidendi sumere, friuolū est: & alias eodem modo actus diuiduus diceretur, quia licet contineat jus eundi separatum, hoc tamen ab eo seiungi potest. *Donell. 10. comment 24.* vsus, inquit, in nudo facto consistit & nullos relinquit fructus qui diuidātur, at bene vsusfructus qui dicitur diuiduus propter vtilitatem diuiduam, in qua versatur. Quo pertinet quod ait *Conan. 4. comment. nu. 11.* quod vsus ad victum eius cui datur conferendus sit, qui diuidi nequeat, cum nemo pro parte viuere possit, *Hottoman illud quæst. 20.* ait vsumfructū subtilitate indiuiduum, vtilitate diuiduum esse, & propter facilem fructuum divisionem. Illa perspicue inepta est sententia, quam proponit *Lyclama 3. membr. 10.* ideo vsumfructum diuiduum dici, quod ius fruendi etiā extraneo vendi possit. Putarim dici etiam posse, vsumfructum dici dividuum, quod cæteris servitutibus integris semper vtitur, sed vsufructu etiā pro parte, imo nunquam simul vtitur toto. Et hæc fortassis est sententia Dd. his verbis proposita à Bartol. *in l. 1. §. si vsusfructus, ad leg. Falc.* quod vsusfructus tātam afferat vtilitatem in parte respectu partis quantā in toto respectu totius: quod latius exponit Castrens. *ibid.* & in specie quod indiuisibilia habeantur, quæ ad necessitatem pertineant, quā cū respiciat vsus, neque pro parte nos sustētare aut viuere possimus, ea causa vsum indiuiduum appellari: cū præsertim etiam ista seruitute respectu eiusdem obiecti fructuū simul tota vti videamur: vsufructuarius autem quoad fru-

ctus domini instar est, iisque non tantum ad necessitatē, sed etiā voluptatem vtendi ius habet: quamuis tentari possit, vsum collatū cū vsufructu indiuiduum, sed cum cæteris seruitutibus realibus quodammodo diuiduum censeri posse.

THESIS IV.

Hæc thesis fere fugitiua est, tractans de iure accrescendi, de quo pluribus agitur *infr. part. 2. disp. 13. thes.* 3. quo istam materiam remittimus: quoniam eiusmodi est, vt præstet de ea tacere, quam pauca dicere.

THESIS V.

LIT. A.

Recte hic fideiussores requirit, quia hæc est natura satisdationis, præsertim prætoriæ, *per text alleg iunct. l. 7. d. prat. stip. iunct. l. 8. §. 4. qui satis. cog.* de quo actū supr. *disput. 5. th.* 2. Sed illa ratio qua hic vtitur, quod in iudicijs cauendū sit per fideiussores, non videtur bona: tū quia hæc satisdatio etiā extra ius vel iudiciū præstari potest, tum quia nō iudicialis, sed prætoria cautio est, quæ duæ species inter se opponuntur *l. d. diuis. stip. l. 5. d. V. O.* & lōge diuerso sensu cautiones iudiciales, prætoriatū species constituuntur. *l. 2. in pr. d. prat. stip.* Plane ex accidenti hæc cautio iudicialis esse poterit: si petente actore vsumfructum, de cautione non præstita excipiatur.

LIT. D.

Nihil moror, quæ hic de iuratoria cautione & sequestratione, vel sūma certa à domino proprietatis præstanda proponuntur. Plane quod inter necessaria hæc cautio refertur *l. 8. § 4. qui satis. cog.* difficilius poterit omitti: attamen arbitrio iudicis committendum erit, quomodo ista res expediatur. Posterius remedium possit esse cum iniuria fructuarij, ob incertum fructuum prouentum. Facilius in vsufructu admittemus iuratoriam cautionem, si inter viuos constitutus sit, quod hic proprietario imputari possit: Nulla plane hic captio proprietarij erit, qui abutente fructuario, satisdationem petere, aut alia remedia poterit implorare.

LIT. E.

Ait hic, quod cautio omnino sit de substantia quasi vsusfructus. Hoc quidem impropriè dictū accipiendum est, quod cautio ad substantiam & constitutionem vsusfructus non concurrat, sed magis sit loco proprietatis. quæ vsufructui opponitur. Ideoque eo modo, sed impropriè de substātia dicetur, quatenus circa proprietatem nullus vsusfructus statui potest. Plenius tamen ita distinguendum, vt ita de substantia esse videatur, quatenus consideratur hic vsusfructus, vt initio SCto admissam, per quod aliter introduci non potuit, quam vt simul proprietario cauendum esse introduceretur: quia proprietas in fructuarium transit, *l. 7. de vsufr. ear. rer.* idque est quod dicitur *in l. 2. d. vsufr. ear. rer. &c.* remedio cautionis introducto cœpisse quasi vsumfructū haberi & *in §. 2. inst. Dd. vsufr.* quod senatus illum quasi vsumfructum per cautionem constituerit. Cæterum postquam vsusfructus hic ita inesse deductum est, nihil impedit, quoniam cautione omissa vsusfructus dici ille & esse possit, *arg. l. 5. §. 1. de vsufr ear. rer. &c.* quoniam potestate SCti & omissa & finito vsufructu ipsa quantitas condici potest *d. l. 5. §. 1. inf.* Quæ sententia & à Tr. & Pinelli opinione *in l. 1. part. 2. C. de bon. matern. n. 78.* aliquantum abire videtur.

THESIS VI.

LIT. A.

Negat obstare, quod donator) ita enim legēdum, non donatarius) omnium bonorum, reseruato vsufructu cautionem præstare teneatur. Hoc quidem per modum exceptionis, neque tantum donatore omnium bonorum, sed etiam partis, imo etiam rei singularis proponendum erat: maxime, si ratio Treut. concludit, quod hi omnes ex liberalitate sua conueniuntur.

LIT. B.

Quia diues.] Si hæc bona ratio, nec priuatus fructuarius locuples cauere debebit: nisi forte hæc diuersitas, quod priuatus facile labi potest facultatibus. Et tamen fortassis hoc priuilegium fisci est, vt onere satisdandi grauetur.

LIT. D.

Rationis esse ait, vt cautio fructuario ab hærede remitti posit, sed nō possit à testatore: quę etiam sententia est Accurs. *in l. 1. h. t. & in l. 1. C. e. & Cyn. ibid.* Atquin contra quod hæredi permissum est circa bona defuncti, idem & magis testatori circa bona propria fuerit permittēdum, postquam ei à lege in futurum de bonis suis disponere concessum est. Et diuersa ratio est Falcidiæ, quam olim prohibere non poterat testator, quia ex lege omnino quadrans hęredi relinquēdus erat: cæteroquin etiam cautio legatorum à testatore remitti non posset, contra *l. 7. C. vt in possessionem legat.* Et ratio quæ à Cyn. affertur, ne detur causa delinquendi, ead. militat in hærede. Et igitur dixerim posse remittere hæredē, ita tamen vt remissio illa in se habeat tacitam cōditionem, si videlicet recte vtatur fructuarius, adeoque non præiudicare sibi illa remissione,

quo

quo minus ad eam habeat regressum, quæ videtur esse sententia *Donell. 10. com. 14.* & licet aliæ forte actiones v.c. legis Aquiliæ, hæredi competere possint, vtilius tamen est ex stipulatione & satisdatione agere cũ præsertim illa verba vsurũ se boni viri arbitratu, multa comprehendant. Illa pars de restiruendo fortassis & à testatore & ab hærede remitti posit, quod hic cessent superiores rationes: eamque sententiam post alios proponit *Lyclam 7. membr. 29.*

Lit. F.

Ait quod fructuarius delinquens in cautionẽ, non protinus amittat ius suum. Hoc & ipse probo, sed illud improbo, quod circa allegata, mala sequutus est fidem VVesemb *in paratit. ff quib. mod. vsusfr. amitt* non tã quod autores citati pro dissent. de vasallo & emphyteuta agunt, quia ab his ad fructuarium hac in re bona videtur illatio; quam potius quia apud Bald. quidem nihil tale est, Ias. autem iuxta vulgatam distinctionem *in l. diuortio 8.* sed iuxta Florentinam *in l. 5. §. si fundum 12. sol. matr.* communem quidem opinionem illam fatetur, quod iure suo cadant, sed ipse opinionem contrariam Imolæ ita probat, vt eam sicut Evangelium veram esse dicat, hac præcipue ratione, quod pœna caducitatis extra casus à lege expressos non inducatur: & ibid. rationem differentiæ reddit inter vasallum & colonum, qui nudum & personale & tantum temporale ius habet. Limitatio autem, quam ex VVesemb. proponit Tr. in casu grauioris deteriorationis, ab eod. Ias. *in d. § 12 in fin* sententiæ communi Dd. quæ caducitatis pœnam admittit, applicatur. Sed nimirum eod redit vtraque hæc propositio. Fructuarius amittit ius suum si grauior sit deterioratio; non amittit ius suum, nisi grauior sit deterioratio.

THESIS VII.

Lit. A.

Proponit in th. tantum actionem personalẽ ex stipulatu vel ex testamento. In quo sibi contradicit *th. 3. lit. A.* vbi traditione opus esse negauit in casu vsusfructus vltima voluntate constituti Et sane, si tantũ actioni personali hoc casu locum fac it, errare videtur: quia imo actionĩ confessoriæ in rem statim locus esse videtur, *sex leg. vn §. 4. quan dies vsufr eod* vbi ab adita hæreditate dicitur cõpetere actio de vsufructu, quomodo nõ appellatur actio personalis. Facit quo vsusfructus iure legati acquisitus dicitur *l. 29. de vsufr. legat.* & legatus vindicari posse *l. 10 eod. tit.* & *in l. 25. §. vlt. h. t.* Vsusfructus iure legati cõstitutus, cũ traditio conferatur: & si via legata ipso iure acquiritur *l. 19. § 1. quemadm. ser amit.* etiam poterit vsusfructus, neque hic à regula, quæ pro omnibus legatis vindicatio datur *l. 1. C. com d. leg.* excipi poterit, etiã supra ostendimus, falsũ esse, quod vsusfructus tautũ per damnationẽ potuerit legari. His cõsequens est, parũ cautum fuisse Tribonianum, qui *in l. pen. C. h. t.* (qua deceptus fuit Tr.) ita loquitur, ac si pro vsufr. legato actio tantum personalis competeret, & olim etiã tãtum competierit: aut potius ille incuria quadã actionẽ personalẽ cum confessoria cõfudit: vel eo argumento, quod dubitatio, *d. l. pen.* de amittenda actione per non vsum, tantum illi casui, quo vsufructu constituto actioni cõfessoriæ locus est, conuenit, nondum autem acquisitus, & qui tantum actione personali, vt constituatur, peti potest, per nõ vsum nequit amitti: & cõstituto iã vsufructu de actione personali amittenda frustra quæritur: (cui tamen rationi conatur respondere *Gl. in pen C h. t. de quo v. ibid. Castr & Cyn.*) Sed & quod de exclusione actionis per lõgi temporis præscriptionem traditur, actionũ realium est proprium. Et reuera absurdum est, quod etiã Salic. movet *in d. l. penult:* vt actio personalis v.c ex stipulatu, decem aut viginti annis tollatur: adeoq; vt maxime in casu vsusfructus vltima voluntate constituti, hoc defendi possit, quia cum hic ipso iure acquiratur, ead. ratio actionis ex testamento & confessoriæ esse videtur: attamen vix vllo prætextu eo casu quo vsusfructus ex conuentione debetur, defendi potest: quoniam hic ante traditionem nullus vsusfructus, & nulla confessoria actio est, & hinc factum, vt interpretes prisci in tam varias discesserint opiniones, vt videre est ex Dd. & præcipue Cyn. *in d. l. corruptionem C h. t.*

Sed quid an qui moram.] Ait eum qui moram facit in tradendo vsumfructum, ex eo tempore fructus præstare, idque non tantum procedere in vsufructu per stipulationem, sed etiam vltima voluntate constituto Quæ præpostera locutio est. siquidem facilius in actione ex testamento fructus veniunt, quam ex stipulatu, imo regulare est vt in illa quæ caeteris bonæ fidei actionibus comparatur *l. 34. d. vsur.* post moram fructus & vsuræ præstentur, hac autem demum fructus post litem contestatam *l. 38. §. 7 d. vsur.* Ea autem regula quo minus huc referri possit, illud facit, quod v.c. in promissione vsusfructus, non corpus aliquod, sed magis ipsi fructus venire videntur, qui adeo non accessorij, sed

principalis habeat ratione, facit *l. quæsitũ. 37 h. t.*

LIT. C.

Cur pro incorporalibus.] Ratio huius rei explicatius ita proponẽda videtur: quod tria sunt: de quibus circa res litigari solet, dominium, possessio & iura seruitutum. Ex his posteriora duo exercendo actus possessoris quosdam, de facto in re aliqua mihi asserere possum, dominium de facto non possum: quoniam hoc in mero iure cõsistit, & vt maxime quis se dominum asserat, nihil possidenti præiudicat, & nihil agit, nisi constituto iudicio experiatur. Ideoque nulla etiam actio prodita est, qua alium dominum esse negem: sed prodita sunt remedia, quibus negem alium esse possessorem, id est, mihi soli possessionem asseram, quod fit interdicto vti possidetis itemque quibus alij seruitutem in medio deberi negem, id est prædium liberum esse, neque solum ius eo vtendi habere asseram, quod fit per actionem negatoriam. Ex quibus apparet, quod Treut. non rectè à qualitate rerum, an sint corporales vel incorporales, hanc differentiam desumat.

Vtilis seruitutum vindicatio.] Quæritur an fructuario vindicatio seruitutũ fundo debitarum competat. Qua in re pugnãtes sunt textus *in l. 1. §. 4. d. remission. & in l. 1. in princ. & l. 5. § 1. si vsusfr. petat*, quos Accurs. & Dd. per distinctionẽ actionis directæ & vtilis, itemq; principaliter & per consequentiam concessæ vindicationis, conciliare nituntur. Verum dissensio hæc apertior est, quam vt dissimulari possit, & sequor sententiam *Cuiacij 1. obseruat. 16. Hottom. 2. amicab. respons. 16.* Iuliano cum cæteris ICtis non conuenisse, & in hac quæstione, & in illa, an fructuario ius sit nuntiandi nouum opus, *arg. d. l. 1. §. 4. d. remission. iuncta l. 1. §. vltim. d. novi oper. nuntiat.* Cæterum Tr. sequitur Vult. qui eandem quidẽ, qua Dd. vtuntur, distinctionem, sed plenius & tanquam nouum suum, inuentum proponit, in hanc sententiã vt dicat, Iulianum nõ existimasse quasi recta fructuarius vindicare possit seruitutes, sed quod eo ipso dũ vsumfructũ vindicat, simul servitutes reales vindicare, & novum opus nuntiare intelligatur: & quod alias cum seruitus seruitutis esse non possit, sententia Iuliani in principia iuris impingere: & licet Vlpia. *in l. 1 si vsufr. pet & in l. 1. d. remiss.* vna cum aliis eam sententiam Iuliano imputare videatur, illos tamen ICtos Juliani mentem non satis fuisse assequutos. Verum hæc & alia quæ traduntur à Vult. 1. *discept. 18.* minime pulchra, vt Tr. arbitratur, sed oppido quam in subtilia mihi esse videntur. Nã 1. ingens illa verborum abusio, & diversarũ rerum confusio ICtis incognita & per se absurda est: cum nemo ita loquatur, vt sub vindicatione seruitutum, & multo minus sub nuntiatione noui operis, vindicationem vsusfructus intelligat: quin ipse Iulian. *in l. 14. de nou. oper nunt.* differre nuntiationem noui operis à vindicatione seruitutum, & *in l. vn. §. 4. in fin. de remiss.* (alias inepta esset distinctio inter dominum & alium vicinum) à vindicatione vsusfructus separat & secernit. 2. per absurdum est existimare, quod Vlpia. & alij eius æui ICti de Iuliani sententia minus rectè iudicium facere potuerint, quã nos hodie, quibus non nisi rudera, & quasi tabulæ ex naufragio relicta sunt: nisi quis illos insignis aut socordiæ aut calumniæ reos agere velit, 3. sententia illa Iuliani minime in principia iuris impingit: quia ille non cõcessit vindicationem seruitutum, tãquam vsufructui, vt male hoc accepit Vult. sed tanquam fundo debitorũ, in quo omne ius fructuarius habet: sicut creditori pignoratitio vindicatio seruitutum datur *l. 9 d. nou. op. nunt.* non quatenus pignori sed qua ipsi fundo debentur, propter ius quod in eo creditori est constitutum. Quod in extremo huius th. appingit Tr. de vsufructu vxoris in dotalitio constituto, & tutore constituendo, tanquam hinc alienissimum insuper habemus.

THESIS VIII.

LIT. B

Agitur hic de conciliatione textuum, in quæstione, an fructus posit esse sine vsu: vbi refert & sequitur vult, quod textus qui fundum sine vsu esse affirmant, de eo vsu accipiendi sint, qui fructui opponitur, non qui sub illo continetur. Atquin hæc petitio quædam principii est: sed illud sentire videtur, quod vsus consideratus qua servitus à fructu separatus sit, cæteroquin sub illo contineatur: quæ etiam sententia est Cuiac. *13. observ. 20. & Ant. Fabr 1. coniectur 20 in fin.* Verũ ita ICti in verbis quodammodo lusissent. Sed obstat, quod *l. 14. §. 1 de vsu. & hab.* dicitur legato fructu, frustra & inutiliter adimi vsum. Simpliciter dicendum videtur fructum natura sua omnem continere vtilitatem, sed ex accidẽti fieri posse, vt aliquando separatio fiat, vbi nimirum testator expresse vni fructum, alteri vsũ assignauit, nõ quod hic fructuarius non vtatur, quia ipsũ frui vti est, sed ita dicitur ratione obiecti, & quod fructuarius hoc casu non habeat plenissimum vsum, sed illi tantũ decedat, quantum

tum ex ratione iuris vsuario debetur. Et ita explicāda videtur *d.l.14.§.1 d.vsf &habit.* vt ICtus ibi non grammatice in verbis infert, sed dum ait, fructum sine vsu esse non posse, ad naturam regularem vsusfructus respexerit, cui tamen separatione expressa testatoris derogari possit, quod ostendit *§.vltim.d l.14.& d.§.1.in fin.* vbi dicitur fructu legato frustra adimi vsum, sicut *in l.d.adim.legat.* actu legato frustra adimi iter: quod scil hæc nisi expresse à testatore alteri sint assignata, natura fructus & actus contineantur. Illud plane constat, etiamsi alteri vsus constitutus sit effectu tamen & re ipsa penes fructuarium, qui plusquam vsuarius habet, vsum reperiri, quo etiam disput.seq.th 4.

LIT. C.

Vnde in montibus venari.] Ex eo quod dixerat, ad fructuarium omnes fructus pertinere, infert ad ius venādi. Parum recte, quia venatio in fructu nō est. *l.25.de vsur. cui non obstat l.62.h.t.* quia aliud est venationem in fructu esse, aliud fructuarium venari posse: quia venatio iure nostro omnibus libera fructus autē sunt, qui ex re nascuntur, & iure soli, vel pro cultura & cura domino vel bonæ fidei possessori acquiruntur: eomino vel bonæ fidei possessori acquiruntur: eoque re per dominū à bonæ fidei possessore euicta, sub restitutione fructuum, quod per venationem quæsitum fuit, proculdubio non continebitur. Potest etiā dici *ad d.l 62.h t.* ea de causa ius venandi fructuario tribui, vt intelligamus ius venandi fructuario tribui, vt intelligamus eum hoc facere posse iure suo, cum alias in alieno venaturus à domino possit prohiberi.

Lucra etiam fortuita.] Nimis generaliter imo male affirmat, quod lucra fortuita inter fructus sint referenda: repugnat enim ratio, qua fortuita, ab iis quæ ex terra nascuntur distinguuntur: & thesaurus qui maxime fortuitus est certo iure ad fructuarium non pertinet, Et adeo sententia Tr non poterit esse nisi particularis, imo nō poterit esse vera nisi in iis quæ simul & magis etiam naturam fructuum sapiunt, veluti si singulari felicitate anni vbertas magna fuerit, quod tamen nonnisi impropie inter fortuita referri possit.

LIT. D.

Fructus maturi sed & adhuc pendentes finito vsufructu proprietarium sequuntur. Equidem Cuiac & aliorum opinio, qui vel pro rata anni fructus diuidendos, vel saltem impensam culturæ præstandam existimant, æquitatem videtur sapere, sed iure destituitur. Et sicut legato, vsufructu, maturi fructus, tempore mortis testatoris, fuctuarii sunt, ita vt finito vsufructu fructus maturi pendentes sint proprietarii, proportionatæ æqualitatis ratio suadet. Sed illud elegantis, & huic loco conuenientis (quoniam huius quoque generis fructuum *lit. C.* meminit Tr.) considerationis est, an idem obtineat in fructibus ciuilibus, videlicet annuis pensionibus, ita vt ante terminum, quo solutio fieri debet, mortuo fructuario, nihil omnino ex iis ad eius heredes pertineat. Pone, testatorem literas cēsuales vsufructuarie, aliqui, ita vt inde quamdiu vixit, annuos reditus percipiat, legasse. Pone ipsū legatarium, pecuniam cuius ipsi quasi vsusf. relictus fuit, propensionibus annuis elocasse. Pone coniugem cui omnium bonorum vsusf. vel ex testamento vel ex iure debetur ante diē quo pensiones soluuntur, decessisse. His omnibus casibus quæritur an pensiones integras sibi proprietarius, an tantum pro rata temporis vendicare possit. Et memini cum, hæc quæstio de facto incidisset, virum eruditissimum & ICtum politissimum, quod hac in re alia naturalium, alia ciuilium fructuum ratio sit, hoc fere modo & his fundamentis confirmasse. Fructus qui ex terra nascuntur, sicut annatim proueniunt, & totius anni curriculum ad maturitatem suā requirunt: fructus, inquit Varro non ager sed annus producit ita singuli nonnisi semel in anno, suo quique & diuerso tempore, nec diuisi & per partes anni, sed singuli semel in solidum à fructuario percipi possunt: cuius manus si effugerint, pars fundi manent, & agri totius dominum & ipsi libenter agnoscant. Longe alia ratio est pecuniæ, rei per se sterilis & in ea cōstitui vsusfructus qui quidem non ex corpore rei, sed per vsum & negotiationem prouenire debet, velut vsura *l.36.d.d.vsur.l.121.d.V.S.* Ea non toto vertente anno nascuntur, sed imo cum Lunæ vicibus paribus & Calendas ea recurrere solent: cū & ἡμερόδανεισμὸς nonnūquā legam⁹, & Hebræis solemne est, in hebdomadas fœnebres obulos pacisci. Quapropter finito vsufructu satis est sortem & summam principalem ex forma SCti proprietarium redire, vt vsuræ cessæ res maxime diuidua pro rata temporis ad hæredem fructuarii pertineant: quoniam vt dictum hæc nō per annos, sed semestria, sed menses, imo dies, atque, adeo momenta computantur, & hoc à tempore præstitæ cautionis ad diem finiti vsusfructus. Eademque omnino conditione est omne genus pensionum & redituum in vnum pluresve annos, ex ædibus, fundis, censibus & quibusvis bonis: quæ vt à tempore constitui vsusfructus vsufructuario acquirantur *arg. l 59.§.1. h.t.* ita momento finiti vsusfructus interscinduntur.

duntur, adeoq; mortuo fructuario ante exitum anni inter eius heredem, licet nondum exactæ pro rata temporis diuiduntur. Probantur hæc ex lege generali 32. §. *heredis 7. d. vsufru. legat. l. 9. §. 1. D. locati l. 26. & 38. h. t. l. 18. §. vlt. de stipul. seru.* quibus locis præcipue de pensione rei locatæ tractatur, vsuræ autem quasi merces sunt pro vsu pecuniæ: & cum hic initio anni diem cedere dicat *Pap. in d. l. 18.* eam mensibus sequentib. magis magisque adolescere, & pro rata temporis ius vsufructuario quæsitum, hoc in heredem transmissum, & ita ad diuisionem veniendum esse consequitur; non secus ac matrimonio soluto inter maritum eiusue hæredes & vxorẽ pro rata temporis quo matrimonium durauit, diuisio facienda est *l. 7. §. Papin. & §. non solum sol. matrim. l. 1. §. sed & nouissimi C. d. rei vxor. act.* Facit, quod cum ex pecunia varie impẽsa singulis momentis vtendo lucrum quis facere possit, & quibus pecunia elocata est, ea ad continenter vti, ex eaque lucrum facere intelligantur, ipse fructuarius per eos quodammodo vti, & fructus percipere videtur: vt adeo horum licet re ipsa nondũ & actorum merito pro rata temporis ratio sit habenda. Vide pro hac sententia Hottom. 2. *feud. 28. §. 4. Caccialup. d. pension. cap. 26. Ioha. de Castillos tract. de vsufruct. c. 78. Gail. 2. obseruat. 10. num. 3. in fin. Molin. ad consuetudines Parisiens. §. 1. Gloss. 1. nu. 52.* vbi plures allegat.

Perceptio vel per se vel per alium.] Intelligendum hoc est, si iussu vel nomine fructuarij fructus percepti sint: quoniam alias fructus ab alio solo separato fructuarios suos non facit *l. 25. §. 1. de vsur. l. 13. quib. mod. vsusfr. amit.* de quo actum disp. præc. th. 11.

THESIS IX.

In quæstione ad quem fructus vltimi anni, quo feudum morte vasalli domino apertum est, pertineant, sequitur distinctionem iure feudali traditam: cuius posterior pars vasallo post Augustum decedẽte omnes fruct⁹ domino tribuit. Atquin hæc sententia in fructibus vinearũ, quæ toto anno fere colendæ, & post Augustum maturescunt, perspicue iniqua est, & tamen vindemiæ siue vineæ In Italia, ex qua iuris feudalis autores, multæ sunt & frequentes. Sed etiam si distinctio ista ad loca in quibus vua non nascitur, restringatur, ipsa tamen per se insubtilis, & ab æquitate, iure & ratione abire videtur: Et ideo fortassis dicendum, sententiam illam iure feudali referri magis quam probari, cum præsertim subijciatur alia sententia, quæ fructus pendentes domino tribuit: quæ licet nimis domino fauere videatur, ratione tamen iuris, quod fructus pendentes pars fundi sunt, & exemplo fructuarij, quo mortuo pendentes fructus proprietarij sunt, iuuatur. Attamen distinctio illa à tempore sumpta alio quoque loco in iure feud. proponitur. Porro quę prolixe de differentijs iuris & Saxon. circa hanc rem à Tr. proponuntur, nihil moramur. Vide præter allegatos Daniel. Moller. *& ad constit. 32.* August. *p. 3.* Zobel. *p. 3. differ. 27.*

THESIS X.

LIT. A. & B.

Ait Tr. quod fructuarius ius sibi constitutum in alium transferri possit. Quod ambigue dictũ, nisi sane accipiatur, falsum erit. Etenim si rorum omnino ius transfertur: vix euitabimus, quin nouus hic vsufructuarius cum præiudicio proprietarij constituatur: & principium petit Pinellus, omne quidem ius transire, vt tamen nihilominus ex persona transferẽtis de vsufructu finiendo, &c. statuatur quod cum intelligerent Dd. iura quæ de vsufructus in alium translatione loquuntur, de nuda commoditate vtendi fruendi interpretati sunt: in eo latius, quam oportebat, progressi, quod, vt referuntur à Pinello alij vendentem vsumfructum ius suum amittere, alij benigne pro commoditate verbum, vsusfructus, ad euitandam caducitatem accipiẽdum existimant: cum tamen ll. ipsius vsusfructus passim faciant mentionem, imo ipsius iuris vtendi fruendi *l. 8. §. vlt. de peric. & com. rei vind.* in qua duplex tractatur casus, cum vsufructus iam constitutus à fructuario venditur, & cum à proprietario pleno per venditionem constituitur & à proprietate separatur. Res hac distinctione expedienda videtur: quod in vsufructu & vsufructuario duplex ius considerari possit, alterum mere personale, quod ex ipsa constitutione perpetuo inhæret personæ, ita vt licet per multas manus ambulauerit vsusfructus, tamen vbi v. c. de amittẽdo & finiendo vsufructu quæritur, personæ eius, cui primo constitutus est spectetur, *d. l. 8. §. vlt. de peric. & commod.* alterum reale, quod in vtendo fruendo, & ita quasi extra personã consistit, ad alium transferri sub appellatione vsusfructus potest. Quod illustratur duob. exemplis. 1. heres duplex ius habet alterũ mere personale ex institutione & aditiõe, quod etiam restituta vel vendita hereditate penes ipsum manet, & præcipue spectatur in actionib⁹ directis actiuis & passiuis, alterum reale v. c. vẽditione

ditione alium transfert *l.1. in pr. & tit. de her. ven* II. creditor actionem quam habet, vendere & mandare alteri potest, ita tamen vt nihilominus ius agendi, quod ex conuentione descendit & vt Dd. loquuntur: ossib. ipsis adheret, in persona eius remaneat *l.3 C. d nouat.* Neque obstat, quod vsusfructus sit seruitus personalis, vel quia propterea non excluditur aliquod ius reale: vel potius quia ita dicitur oppositiue ad alias seruitutes, quæ non personæ vel fundo deberi dicũtur: Negotium autem hic facessit *l si vsusfr. 56 de iu. dot.* vbi per cessionem vsusfructus nihil agi, nihilque ad eum cui ceditur, transire, sed vsumfructum ad proprietarium reuersurum dicitur, & Pinel. quidem *in l. 1 p. 3 C de bon mater n. 3* hoc ita accipit, non quod statim, sed mortuo vsufructuario vel alijs modis ad proprietarium reuersurus sit vsusfructus. Quæ responsio licet etiam Wesemb. *in par. quib. mod. vsusfr am. n. 5.* (licet *in Inst. ad § pen. h. t* videatur contrarius) placuerit omnino inepta nec minus à verbis quam à mẽte ICti aliena videtur, I. quia non quid aliquando, sed quid in casu proposito iuris esset, respondere voluit ICtus. II. quoniam ibid. dicitur cedi vsumfructum non posse nisi domino proprietatis, cum tamen alijs locis vsumfructum in aliũ transferri posse dicatur. III quia ait ICtus nihil transire: neque inferri potest explicatio absurda Pinell. quod non transeat ius ita vt nouus cõstituatur fructuarius, sed ex persona cedentis vsusfr. finiatur: IV. quia ICtus ibi agens de ratione, qua vsusfru. dotis causa constitutus vxori reddatur, docet hoc fieri non posse per cessionem, quæ etiam cum damno mulieris sit futura, recursuro quippe vsufructu ad dominũ proprietatis: quæ ratio admissa Pinelli explicatione, omnino inepta esset futura Acc. *in d l. 66. de iur. dot. & in l. 12. § 2. h. t.* distinguit inter concessionẽ & cessionem: quæ distinctio licet nec ab ipso Acc. *nec à Pinel cit loc. n. 40.* vbi eam facilem appellat intellectã, verissima est, nec alia huius rei explicandæ ratio, quam vt IC. *in d l. 66.* de cessione in specie intelligatur, quæ sc. in iure fieri solebat, & vt colligitur *ex t. 19. Vlp* modus erat trãsferendi dominij, qua id agebatur, vt omne omnino ius in cessionarium, à cedente plane & omnimode abdicatum, transiret. In quo consistit differentia cessionis, istius à venditione donatione, &c. quib modis tantum ius reale vtendi fruendi translatũ intelligitur, & simul ratio, cur nulli nisi domino vsusfr. cedi posit: quoniã alias cum huius iniuria nou⁹ fructuarius substitueretur, nullo quippe iure superstite in persona cedendis quod efficere posit, vt ex eius persona vsusfr. finiatur. Et hoc antiquitatis vestigiũ non tantum in Dig sed etiam in Inst. quas fere ex veterum ICtorum scriptis & tantum non verbis cõfecit nobis reliquit Iust. videlicet *in § finitur 3. Inst. h. t.* vbi itidem traditur, nõ nisi domino proprietatis vsumfr: cedi posse prorsus *vt in d. l. 66. iur. dot.* vt mirandũ sit reperiri, qui duo hæc loca inter se opponant: cum tamen perspicuum sit *& ab Acc & Sal. in d. l. 66.* animaduersum, quod *in d. § 3* nihil agi dicitur, respici intentionem agẽtis & personam cessionarij: accidit autem ex ratione iuris, & præter intensionem agentium, vt vsusfr ad proprietatem recurrat. Frustra autẽ hic afferatur *l. 63. h. t.* vbi vsusf dicitur cedi posse: vel qui verbum cedere & in specie sumi potest, vel potius, quod ibi non de vsufructu formali constituto, sed à proprietario pleno per separationẽ eius à proprietate de nouo cõstituẽdo tractatur.

Et vsufructu] Vsusfructus vendito iuri retrahendi Tr. negat esse locum. Quæstio hæc triplex est, I. cum in ipsum corpus quod alicuius est vẽditur vsusfructus, vt loquitur ICtus *in l. 8. § vlt. de per. & com.* id est, cum plenus dominus ius vtẽdi fruendi per venditionem alteri concedit: quo casu non videtur esse locus retractui, quod hic vel aliqua non tam vendi, quam de nouo per vẽditionem constitui videatur. Quod tamen subtilius magis quam verum videtur, nec quicquã prohibere, quin cognatus penes se potius vsumfructum illum esse debere contendere posit, cum præsertim vsusfructus patris loco sit. II. cum vsusfructus iam constitutus formalis venditur: qui casus iterum duplex est, quoniam vẽditur aut domino proprietatis, aut extraneo. Priori casu Tiraq omnino retractui locum negat, quod vsusfructus hic esse desinat, & consolidetur cum proprietate. Verum hoc quoq; nimiam argutiam sapit, & defendi posit, propter ius cognati perinde habendum, atq; si hic præuertisset, & nulla consolidatio facta fuisset. De posteriori casu agit Tr & cum Tiraq. hic quoq; retractum negat, quod cesset ratio illius iuris. Verum cur cesset nec apud Tr. nec apud Tiraq. apparet: imo, cũ vsusfructus principaliter morte extinguatur, & multis annis durare posit, nihil est quod hic impediat ius retractus: vt tamẽ circa finitionem vsusfr. non persona retrahẽtis, sed primi fructuarij spectetur.

LIT. C.

Seruitutem imponere nequit.] De hoc quidem constat

constat, sed illud dubium, annon pati possit, vt interim dum ius ipsius durat, alius seruituce vti possit. Quod Cepol. citatus negat arg. mariti, qui nequit imponere seruitutem fundo dotali *l. Iulianus de fund. data.* Quæ ratio nihil concludit, quod ibi de vera seruitute tractetur, quam maritus, vtpote fundi dominus, imponere posse videbatur, Et sane si eiusmodi ius sit, ex quo nullum detrimentum prædio inferatur, fortassis sententia affirmatiua contra Tr. defendi possit: de qua sententia v. citatos *à Tr. disp seq. th. 6. lit. A in fin.*

LIT. D.

Affirmat Tr. quod dominus proprietatis seruitutem fundo imponere possit. Quod videtur cõtra expressum textum *l 15. §. vlt. h. t.* vix enim ferri potest, quod Pinell cit. loc. repetita negatione in extremo *d l 15.* legi vult, *non potest*, vix etiam quod Canon. contrario plane modo locũ ita accipit, quasi ICtus non consentiente fructuario à proprietario seruitutem imponi posse existimasset Etenim hæc & contra locutio fuerit, & longe commodius per verbum *dissentiente*, aut *contradicente*, sententiam illam exposuisset: & exceptio quoque quæ proponitur *in l. seq.* desiderat, *vt d. §. vlt.* negatiuam habeat sententiã. Sed stante electione & explicatione, difficile est rationem eius sententiæ reddere: etenim eã quæ ibid. à Bald. affertur, quod ita sit futura seruitus seruitutis, merito improbat. Pinel. quoniã non de seruitute vsufructui, sed fundo imponẽdo tractatur. Dici fortassis possit, ideo nec consentiente fructuario seruitutem à domino imponi posse, quod proprietarius non possit solus propter ius fructuarij & consensus fructuarij, nihil operari possit ad imponẽdum reale & perpetuum adeoque lex sequens, *nisi qua deterior fructuarij conditio fiat*, ita accipienda erit, vt illo casu ne quidem consensu fructuarij opus sit: nã & hoc ex eod fonte est quod iuxta *d. l. 15. §. vlt.* nec acquirere seruitutem fructuarius potest.

THESIS XI.

LIT. A.

Negat fructuarium debere decerpere fructus immaturos, subiecta tamen limitatione, nisi ex immaturis fructibus plus emolumenti cõsequi possit. Atqui neque à Sali allegato hoc traditur, & ius fructuarij non ex vtilitate quam sibi parare potest, sed eo, quod ipsi vsusfructus tribui, æstimandum est: vnde *in l. 14 h. t.* an & quatenus ius arboribus in sylua nascentibus vtendo fructuarius habeat, tractatur: eoque præsupposito eiusmodi genere fructuũ, qui toti fructuarij sunt, velut poma aut pira illos etiam immaturos decerpẽdi ius fructuarium habere defendam per *l. 48. § 1. h. t.* Neque quicquam hic interesse potest proprietarij, nisi eo anno quo vsusfructus finitur, quoniam perdentes fructus proprietarij sunt.

LIT. B.

Quod hac lit proponitur, nec vllo modo cum præced. cohæret, & quæstio illa de laudemio, in casu singulari, quo eiusdem rei est dominus directus, emphyteuta & fructuarius, integram fere thes. non merebatur, cum alias vtilia magis, leuiter attingat aut omittat. Quin etiam absurdum nec dictu videtur facile, qui fieri possit, vt directus dominus qui vtique emphyteutæ ius vtendi fruendi habenti, præiudicare nequit, alteri proprietatem, alteri vsumfructum relinquat, nisi nouam & ineptam vsusfructus in nudo percipiendi laudemij iure consistentis speciem fingant, & vt Clarus loquitur, vsumfructũ proprietatis; ꝙ & dictu & auditu absurdum est.

THESIS XII.

LIT. A.

Ait fructuarium possidere improprie, siue potius quasi nempe ius in re. Quæ explicatio vitiosa est: quoniam possidere rem, & possidere in ius in re omnino sunt diuersa: neq; de hoc, an quasi possideat ius, sed an rem ipsam possideat, dubitari potest. de qua rei ipsius possessione loquitur ICtus, *in l. 12. in pr. de acquir. poss. de quo inf. p. 2. disput. 21.*

Quod interdictum.] Ait nisi interdictũ vnde vi accommodetur fructuario, eum omnino impeditum iri in iure vtendi. Quod verum non videtur, quod alias inferri posset, etiam dominũ deiectum, nisi interdictum ipsi detur, priuatum iure suo iri. Verum sicut huic nihilominus vindicatio competit, ita fructuario per vindicationẽ vsusfructus succurri potest. Ideoque quod dicitur *in l 3. § 13. de vi ar* fructuario necessarium esse interdictum, non ita accipiendum est, quasi aliud remediũ nullum superesset, sed quod nullo remedio alio recta in possessionem reponi possit: neque abs re est, quod Acc. *vbi in necessarium* interpretatur. *vtile* Nimirum propter plenum ius re vtendi simul odio violenti inuasoris, hoc interdictum fructuario accomodatum est, cum alias remedia possessoria non nisi vere possidentibus concedantur, eaque de causa interdictum vti possidetis fructuarius non habet.

LIT. B.

Ait quod ratione potestatis ædificium & consum-

consummare, & nouum extruere possit. Equidē rectè hoc restringit ad fructus. quoniam in ædibus locum non habet: etenim quod dicitur *in l. 37. h. tit.* ad casulam pro vsu temperario & custodia mercium in area fructuaria collocandam pertinet. Et illud tamen quoque non tam iure potestatis fit, quā necessitatis causa permissum est *arg. d. l. 7. & l. 13. in l. 6. & l. 61. eod.*

Nec opus est.] Equidem vulgata lectio sustineri potest, vt stillicidium intelligatur: quod non primus Russardus, vt existimare videtur Treu. sed iam olim aduertit Accurs. Attamen haud scio, an idoneis autoribus illa exceptio defendatur: & commodior est Cuiacij immutatio, quæ de impositione & refectione dicuntur, incommode ad riuum, commodissime autem ad rectorium accommodantur.

Lit. C.

Proponit in fin. quod fructuarius procuratorio tantum nomine nouum opus nunciare possit. & limitationis cuiusdā vice in allegatis subijcit quod nūtiare possit tantum extraneo. Quæ limitatio nulla est, cum hoc ipsum in illa propositione necessario contineatur. siquidem cōtradictio esset nuntiare procuratorio nomine, id est, quasi ex mandato domini, & nuntiare contra dominum. Et igitur quicunque simpliciter nuntiationis ius concedit fructuario, idem suo nomine posse nuntiare affirmat: sicut qui procuratorio nomine hoc tantum concedit, idem ius nuntiandi fructuario negat. Et igitur res nondum expedita est: siquidem Iulianus *in l. vn. §. 3 de remiss.* simpliciter nuntiandi ius fructuario concedit, ex hac ratione, quod habet ius intendendi contra extraneum, nō esse ei ius altius ædificare: neque enim dici posse existimo quod procuratorio nomine seruitutem vindicet: neque quod tantum extraneo nuntiare, & ab eo seruitutem vindicare potest, inde procuratorio nomine hoc ab eo fieri, rectè concludi potest. Et porro cum ius vindicandi consequatur ius nuntiandi, Iulianus, qui in illo ab alijs ICtis dissensit, vt supra ad th. 7. probatum, in hoc quoque dissensisse existimandus est. Nam quod Vult. *5. disc.* *ept. 18.* existimat fructuarium dici nouum opus nuntiare, eo ipso dum vindicat vsumfructum *ad thes. 7.* refutauimus, & perspicue refuratur ex *d. l. vn. §. 3. de remiss.* vbi ius nuntiandi contra dominum fructuario Iulianus negat, & tantum ius vindicandi vsumfructum ei relinquit. Et ex his vera ratio petenda est, quamobrē fructuarius opus nouū nūtiare possit vel non possit, illa enim Treutl. quod non habet ius super quo se fundare possit principium petit, & rem æque in obscuro relinquit.

THESIS XIII.

Lit. A.

Magnam impensam à domino repetat] Obijcitur quod quas impensas proprietarius facere non tenetur eas nec à se factas fructuarius imputare posse videatur. Neque enim vt hæres rem meliorem quam relicta est præstare, quin nec insulam ruentem fulcire obligatus est, quam si fructuarius sibi vtilem esse non putat, relinquere potest, quæ probantur ex *l. 7. §. 2. l. 50. l. 51. §. 1. h. t. l. 9. §. 4. locat.* Ideo assertio Tr. restringenda videtur ad casus quibus vel nomine proprietarij aliquid impensum est, vel quibus ius impendēdi & innouandi fructuarius habuit, velut *in l. 13. §. 5. & 6. h. t.* ibi, *quæ non potest sustinere fructuarius*, vt si pro fructibus ædificium extruxerit aut consumauerit: quo referenda est *l. 7. C. h. t.*

Lit. B. C. & D.

Ait quod fructuarius agnoscat tributa, siue præterita ea sint, siue post imposita. Vbi siquidem quod oppositio suadet, intelligit ante imposita, idem bis repetit: cæterum si intelligit ante debita, aut de ijs, quorum dies postea cessit, accipiendus, aut quoniam hæc proprie loquendo ante a debita dici non possunt, de nuda solutione explicandus erit: vt videlicet fructuarius quidem tributa etiam ante debita fisco exsoluat, sed à proprietario ea repetat: quæ videtur esse sententia Pinel. *in l. 1. part. 1. 2. C. de bon. mat.* vbi ait non personas sed ipsa prædia conueniri. Possit videri exigendus proprietarius, vtpote verus possessor, qui tributa præstita repetat à fructuario: verum cum tributa sint onus fructuum *l. 13. de impens. in res dotal.* citra ambages potius fructuarius exigendus erit, sufficiēte naturali possessione, de qua *in l. 12. in pr. de acq. poss.*

Licet pactum in contrarium.] Intellige vt pacto non possit præiudicari fisco, quominus à possessore exigat tributa: inter ipsos autem conuenientes vtique pactio illa vtilis erit.

THESIS XIV.

Lit. A.

Nisi expresse inter partes.] Tractemus hoc potius in casu, quo vsusfructus vltima voluntate constitutus est. Et est quæstio duplex I. si testator leget vsumfructum Titio eiusque heredi. II. Si leget fundum Titio detracto vsufructu siue expresse dicat vt vsusfructus maneat penes heredem, siue non dicat, vt recte Castrens. *in l. 14. C. h. t.*

C.h.t. quoniã qui legat detracto vsufructu, hunc penes hæredem vult remanere. De priori casu, quem tantum tractat Tr. non agitur *in cit. l. 14. C. h. t.* licet recte Castrens. decisionem illius legis etiam huc accommodet, ex ratione subiecta ne inutilis fit proprietas. Agitur autem de casu posteriori, quoniam proponitur detracto vsufructu legatus fundus, qui alias in iure proprietatem plenam, nunquam nudum vsumfructum significat. Constituit autem Iustin. vt tantũ primo heredi vsusfructus constitutus intelligatur, & ita disputat, ac si quidam ex priscis Iurisconsultis in pluribus vel omnibus heredibus vsumfructum repetitum voluissent. Cæterum vt forte de hoc etiã quæsitum fuerit, ita de alia quæstione in hoc ipso casu, cuius similitudine forte fassis deceptus fuit Tribon. controuersiam inter ICtos fuisse, colligitur ex *l. 36. §. 1 h. t. & ex l. 26. de vsufr. legat.* nimirum si testator proprietatem detracto vsufructu legauerit, & heres instituius, antequam ex testamentario proprietarius egisset, vel pendente die aut conditione legatæ proprietatis decesserit, an statim ab heredis morte, proprietas plena debeatur legatario, & vsusfructus tanquam finitus cum proprietate consolidetur, an vero in persona sequentis hæredis primum vsusfructus incipiat. Et ratio dubitandi erat contra legatarium, non quod hæres secundus etiam heres fit, quod male ICtis *in d. l. 14. C. h. t.* adscribere videtur Tribon. sed quod vsusfructus nondum constitutus, & qui nondũ cœpit, expirare quoq; non posse videbitur: quoniam proprie & reuera tum demum existere incipit vsusfructus, vbi post legatum præstitum à proprietate fuerit separatus, vt subtiliter disputat Paul *in d. l. Sempronius 26. de vsufruct. legat.* & inde fere cõcludit, vsumfructum in secundi heredis persona incepturum. Quam sententiam improbat African. *in l. 36. §. 1. in fi. h. t.* nec dubitandum dicens, quin heres sequens statim plenã proprietatem fit debiturus: quoniam vtcunque heres vsumfructum & formaliter & separatum non habuerit, rem ipsam tamen habuit, vsum & fructum rei, neque debent voluntates testatium nimia argutia iuris circumueniri. Et ipse Paul *in fin. d. l. 26.* sententiam priorem non obscure corrigit, licet Hottom. *in sæpe d. l. 14. C. h. t.* ICtos hic dissensisse existimans pro, *sed his casibus, in fin. pr. d. l. 26.* legi velit, *nec his casibus.*

LIT. B.

Si iam constitutus sit] Parum subtilis hæc limitatio est: quia non entis nullæ sunt qualitates, neque vsusfructus nisi constitutus, amitti dici potest.

LIT. D.

Hodie etiam banno] Non recte bannum opponitur capitis diminutionibus: quia non nisi quatenus species mediæ capitis diminutionis est, inter modos finiendi vsumfructum referri potest, quo modo Cyn. *in l. pen. C. h. t.* à deportatione ad bannum concludit. Ideoque non satis bene hoc loco id proponitur: quia nihil in banno ad effectum finiendi vsusfructus speciale, sed quatenus banno annexa est bonorum publicatio, vsusfructus quoq; per illud finitur: qua ead. ratione contra methodi leges omnes illi modi, quibus bona alicui auferuntur, hic recenseri potuissent. Ex hoc ipso tamen consequens est non recte generaliter & simpliciter hoc affirmari: tũ quia ex ratione iuris ciuilis publicatio bonorũ cessat; tum quia non omnis bannitus bona amittit: quomodo Glos. *in §. relegati Inst. quib. mod. ius patr. pot.* distinguit inter bannitos an illis bona adimantur nec ne, & Salic. *in l. 1. C. de hered. instit. nu. 13 & seqq.* aliquot species bannitorum, quorum bona non publicentur recenset, eoque Cyn. *in d. l. 1. §. 3* magis in sententiam negatiuam contra Tr. hoc loco inclinat: quo pertinet quod recte Iason. *in auth. non licet Cod. de liber. præt.* Dd. communiter inter bannitum in ære & in persona distinguunt.

LIT. E.

Cessione proprietario facta.] Subijcit in allegatis, si cedatur extraneo ius suum amittere fructuarium. In quibus quam videtur velle statuere, oppositio nulla est, siquidẽ si ius suum amittit, finiri vsumfructum oportet, & si hoc casu cum glossa recurrere putat vsumfr. ad proprietatem iuxta *l. 66. de iure dot.* idem erit effectu, atque si ipsi proprietario cessio facta fuisset: & ideo in th. vtrumque ponere debebat, cessione, siue proprietario siue extraneo facta vsumfructum finiri. Cõtradicit autem hic sibi Tr. th. 10. vbi sequitur Pinell. qui per cessionem extraneo factam vsumfructum amitti negat, quem autorem hic, prodissent, allegat, qua de re dictum supra ad *d. th. 10 lit. A. & B.*

LIT. H.

Non vtendo per modum & tempus.] Indistincte requirit nõ vsum decennij vel vicennij. Atquin cum vsusfructus etiam in rebus mobilibus constituatur, hic triennio vt amittatur per nõ vsum, ratio suadere videtur & textus *in l. pen. §. 1. in fi. C. h. t.* vbi Iusti. ait tanti temporis spatio amitti vsumfructum, quanti temporis exceptio dominium

nium vindicanti obstaret. Atqui vindicanti rem mobilem obstet exceptio triennij *in pr. Inst. de vsucap.* Attamen pro Tr. facit *l. pen. C. de seruit. itemque Glos. & Cyn. in d. l. pen. n. 3. in 2 quaest.* qui indistinctè longum tempus requirunt: *& Salic. ibi in fin.* cum Glo. statuit, quod actio pro vsufructu etiam rei mobilis, triennio nō exspiret. quoniam non subiectum, sed ipse vsusfructus, qui vbique pro re immobili habeatur, sit considerandus. Secundum quae *d. l. pen. §. C h. t.* ad praescriptionem longi temporis erit referenda, idque suadent verba, *cum praesentem vel absentem*, quoniā haec distinctio in praescriptione rerum mobilium non habet locum. Illud etiam quaeritur, an hoc tempus quo finitur vsus, sit vniforme inter praesentes & absentes. Et Cyn. quidem *in l. vlt. C. de seru.* vtrumque putat teneri posse: licet Iustin. difformitatē minuere videatur *in d. l. pen. Cod. h. t. & in l. pen. C. de seru.* vbi decennij & vicennij, absentium & praesentium facit mentionem. Nisi quis existimet ea tantum occasione hoc factum, quod Iustin. longo, & eo quod omnino praescribitur, tempore, vsumfructum vult finiri. Et sane duplex ratio differentiae, cur hic tempus vniforme statui debeat. dari posse videtur, tū quod nemo videatur ignorare. quod alter vsūmfructū rei suae habeat, tum quod amissio contingit facto ipsius possidentis, nec quicquam interesse possit, proprietarius praesens fuerit nec ne. Verū dicam in ipsius persona fructuarij interesse, vt rei in eadem prouincia sitae vsumfructum; decem extra prouinciam, viginti annis amittat: eaque proculdubio veritas est.

LIT. I.

Non ingressu in monasterium.] Communis haec sententia est, teste Sal. *in auth. ingressi. C de SS. eccles. n.* 10 vt ius vtendi quamdiu ingressus viuit, in monasterium transeat: quoniam vt Cyn. *in l. pen. C. h. tit.* suadet hoc fauor religionis, & quod status mutatur in melius. Diuersum tamen statuit Salic. in casu patris ingredientis, quem quoniam & administrationem & potestatis ius amittit, vsumfructum etiam in bonis aduentitijs filij amittere censet, contra quam putat Pinell. *l. 1. p. 1. C. de bon. mat. n.* 47.

THESIS XVI.

LIT. A. & B.

Centum annis durat.] Non obstat *l. 78. ad leg. Falcid.* quia ibi agitur de ineunda ratione l. Falcidiae, vbi ad summum fit computatio 30. annorum, vt ibidem ait ICtus, etiamsi diutius possit durare vsusfr. Caeterum in legato annuo diuersum, vt hoc scil. etiam vltra 100 annos ciuitati debeatur, rectè videtur Tr. statuere lit. B. post Couar. citatum, vbi satisfacit praecipuę rationi, qua Batt. mouetur: quod in extinctione legati siue annui siue vsusfr. idem operetur in Republ. cursus 100. annorum, quod mors in priuato.

LIT. C.

Ait, bonis filij publicandis patrem non amittere vsumfructum in aduentitijs, sed nec proprietatem publicari, nec Castr[e]nsia. Hoc quidē ex ratiōe Iuris nostri nō nisi specialibus casibus, quibus cōfiscationi relictus locus est, quaeri potest: Caeterum cum nulla alia bona praeter enumerata filius habeat, simpliciter dicendum erat, filiofam. damnato nulla bona publicari. Ratio sumitur *ex l. 3. de bon. damn.* quod si enim Castrensia, in quibus plenum ius habet filius, non publicantur, multo minus aduentitia, quorum pater vsumfructum habet, publicabuntur: quae etiam ratio est Sali. *in d. l. 3.* Ratio rationis est ad *d. l. 3.* quia filius damnatus pro mortuo est, quo casu pater etiam bona castrensia iure peculij tanquam profectitia occupat *l. 9. de castr. pec. l. vlt. C. eod.* Quae cum hodie cesset ratio, & filiusf. & in castrensib. & in aduentitijs post *Nou. 118. c. 2.* ab intestato habeat heredem, etiam decisio *d. l. 3. C. de bon. damn.* cessare videtur. Sed duplex responsio est vna Petri, quod bona publicentur, quae sint alicuius secundum iuris communis obseruantiam, non quae ex priuilegio: quam magis videtur probare Cyn. *in d. l. 3.* Altera Iacobi, q. vitanda sit LL. correctio, nec vno correcto protinus ad alterius correctionem sit inferendum: quam magis probat Sal. *ibid.* quod praesertim generaliter verum non videatur, bona ex priuilegio concessa non venire in publicationem bonorum. Et vero quod à Iustin in Nou. 118. in fauorem filij constitutum est, non debet praeter eius mentem & intentionem in odium patris retorqueri, cui proculdubio in hoc casu nihil derogatum, nec ius fisci auctum voluit Iustin. ideoque perinde hoc casu habebitur, ac si ex ratione iuris veteris pater bona filij iure peculij occupasset.

LIT. E.

Legato vsufructu aedium cum onere altius non tollendi, proprietatem legatā intelligi negat, sed in contrarium vocat, quod *post Glos. Bart. Bal. Florian.* & omnes omnino tanquam pro certo *ex l. 19. h. t.* notant, proprietatem eo casu legatam videri: & ipse textus non obscure hanc sententiam probat, vel quod alias adiectio de

non tollendo altius supervacua esset, l 13. § pen. in fin h tit. vel quod ICtus insulam ita legari posse ait: insula autem non vsumfructum, sed proprietatem significat, sicuti fundus l 19 d. vsuf. leg. de quo etiam vide Conan. 4 com 3. n 13 cuius explicatio sententiæ cōmuni magis adstipulatur.

THESIS XVI.

LIT. A.

Etiam vestimentorum quasi vsumfructum esse affirmat: quod quidem perspicue satis traditum est in § 2 inst. h. t sed impugnat ratio, quod earum rerum quasi vsusfructus est, non quæ vtendo atteruntur & deteriora fiant, quo sensu omnes fere res ad quasi vsumfructum referri possent, sed quæ ipso vsu consumuntur, & quarum non nisi in abusu vsus est: & in summa quasi vsusfructus est in rebus fungibilibus, quod probat rubrica & c. t. de vsufr earumrerum, &c. Repugnant etiam textus in l. 15. §. 4 h t. (qui male a quibusdam accipitur de vestibus scenicis, de quibus agitur in § seq. hac differentia, quod etiam locari possint) & in l 9 § pen. vsufr quemadm. cau quod hoc casu cauendum sit de vtendo boni viri arbitrio. & vestes attritæ restitui possint: vt ita dominium in accipientem non transferatur quod fit in quasi vsufructu l. 7. de vsuf. ear rer &c. in quem veniūt res quæ sunt in absumptione, & quæ adeo in genere suo functionem recipiunt. Attamen pro Tr. facit d. l. 15. §. 4. ex qua colligitur, vsumfructum vestimentorum dupliciter, vt corporis & quantitatis, legari posse, quo videtur respexisse Tr. dum ait, quandoque vestimentorum quasi vsumfructum esse, quod & Pacius in antinom. probat. Sed verendum est, ne verba d. §. 4. non sicut quantitatis vsusfructus legetur. imperiti sint interpretis respicientis ad d. § 2. d instit. h t quippe quod ea turbent constructionem, & contortum efficiunt sensum quamuis etiam congruus sit sensus, si retenta particula, non, reliqua. sicut quantitatis vsusfructus legetur, inducantur. quoniam quatenus vestes alijs rebus, velut fundo, ædibus, &c. opponuntur, ijs abuti. quoniam vsu atteruntur, videri possumus: quam sententiam, verba sequentia, nec tamen locaturum, flagitare videntur. Plane vulgata lectione admissa, probanda erit Accurs. sententia, ita vestitum sicut quantitatis vsumfructum legari, si legentur æstimato, vt finito vsufructu pretium restituatur. secundum quod legendum erit disiunctim sicut: & tamen hinc vestitum quasi vsumfructū esse non efficietur, quoniam ita nō vestimentum aliud, sed pretiū restituitur Quod autem attinet ad d. § Instit. h. t. vel erratum illud Tribon est vel Metonymice materia cum pro materia. vestis pro lana posita est, ex sententia Donell 10 comm. 4.

LIT. B.

Ait vasallum non satisfacere etiamsi recte dicatur fructuarius Atqui in eadem ratione de emphyteuta & superficiario idem proponere potuisset, quibus non inferius ius vasallus habet. Verum quicquid etiam Trent. videtur, vasallus recte fructuarius non dicitur, propter ius quod habet perpetuum transmissibile, & dominio proximum, ita vt rem ab ipso quoque domino directo vindicare possit.

LIT. C.

Ait vsu siluæ legato, fructum legatum intelligi, si silua in propinquo nō sit: ita enim adiecta negatione legendum esse apparet ex cit. Donel. 10. comm 24 & Accurs. in l. pen. de vsufr. & habit. vbi cum textum accipit de silua remota: quoniā ex silua propinqua ligna cum vtilitate licet ea non vendat, pro necessitate familiæ credere possit: adeo, ratio legit, quia nisi liceret, &c. quodammodo pro conditione accipienda erit. Quod nō immerito duriusculnm & diuinatorium videtur Pinello in l. 1, C de bon. mat. nu. 57. Enim vero non quiuis familiam habet, & in locis. vbi clementes hyemes vsus ad necessitatem familiæ nō magnum commodum attulerit: quamuis alias pro Accurs. dici possit, respexisse Imperatorem d. l pen. quod frequenter siluæ ab oppidis solent esse remotiores: & forte hoc arbitrio iudicis fuerit relinquendum.

Alias vero notum est] Immiscet quæstionem, de qua supra thes. 8. lit. B. quod in fructu contineatur vsus.

LIT. D.

Operis serui legatis vsum legatum videri tradit. Operæ serui ius quodammodo proprium & quasi intermedium constituere videntur, & aliquid & abusu & ab vsufructu separatum habere l. 1. § 9. ad l. Falcid. quoniam qui vsum serui habet locare eius operas non potest §. 2. Inst de vs. & habit, sed qui operas habet, potest l. 2. de vsuf. leg. Fructuario etiam ex re eius seruus acquirit quin & omne id quod contemplatione fructuarij seruo dictum est §. Inst per quas person nob. acquir. l. 21. & 22. h. t. Quæ licet ita sint, magis tamen ad vsum operæ accedere videtur, quod docet l. 5 de oper. seru. neq; enim probanda est emēdatio Gou. & var. lect. 7 vbi pro vsum reponit, vsumfructum: nam & habitatio ad vsum proxime acce-

accedens, ius tamen proprium constituere videtur, §.2 *& post Inst. de vsu & habit.* Neque obstat *l.4 de oper seru* ex qua hoc saltem probatur, quod pars fructus hominis in operis cõsistat: & licet alias proprie loquendo fructus hominis nihil aliud quam operæ esse videantur, siquidẽ partus ad proprietarium pertinet, *argum. l.3. de oper. serv l.43. de evict.* attamen in hac materia, cũ iuxta prædicta alia quoque fructui accenseantur, operæ ad vsum referri possunt: sicut & ea, quæ v.c. ex fundo in vsu hic in specie esse dicuntur, reuera fundi sunt fructus.

DISPUTATIO XVII.

DE SERVITVTIBVS REALIBVS.

Respondente.

IOHANN PHILIPPO BOHN Lorchensi.

THESIS I.

LIT. A:



IN definitione nõ dissimiliter, ac disp. præce. in definitione vsusfructus, offendere videtur: quoniam cum seruitus ius dicatur respectu dominantis prædii, respectu seruientis iuris quædam priuatio sit, non recte videtur definiri, ius quo prædiũ seruit, neque recte per ius prædium seruire dicitur. Vtique hoc inconcinnum est, vt genus fundum dominantem, seruientem differentia respiciat. Porro cũ vsumfructum thes. 1. disput. præced. per seruitutem tanquam genus proximum, improbato genere iuris, quo JCti vtuntur, definiuerit, etiam seruitutem realem per idem genus definire debeat, *argu l.1. h. tit.*

Ex eo cui detur.] De hoc actum est aliquid disp. præc. lit. A. & agitur infra hac disp. th.5.

LIT. B.

Non loco sed qualitate.] Turbare hic videtur *l.2. de seruitut rust. præd.* Gloss. & Dd. hic dormitant. Probabiliter dicitur, quod distinctio seruitutũ consideretur vel simpliciter, vel cum effectu iuris videlicet ratione acquisitionis, constitutionis aut amissionis, pignorationis noui operis nunciationis & quorum effectuum identitas etiam facere debet idẽtitatem seruitutum. Hinc v.c. seruitus altius non tollendi, cum eius ead. natura sit, siue debeatur ædificio ruri siue in vrbe exstructo merito etiam vnica, non modo vrbana, modo rustica existimanda erit: etenim vt maxima prædia ipsa à loco vrbana & rustica appellari possint, ea tamen diuersitas ad varianda seruitutis alicuius naturam, nihil operatur: vt proinde in hac disputatione, siquidem à subiectis denominandæ sunt seruitutes, omnia ædificia vrbana sint habenda. Exemplum præbet materia taciti pignoris, cui in vrbanis illata & inuecta in rusticis fructus obligantur: cuius effectus respectu, prædia quæ fructus nõ ferunt, vt illata pignori esse possint, vrbana, quorũ natura hac in re imitantur, prædia dici possunt: idque est quod dicitur *in l.4. §.1. in quibus caus. pign. tac.* stabula vrbana prædia non esse, attamen quod ad causam taciti pignoris pertineat, non multum ab vrbanis prædiis differre: Hæc videtur sententia Donelli *tract. de pign. cap.4. v. etiam Govean. 1 var. 16 Hott. 8. obs. 12. A. Fab. 19 coniect. 15. Alb. Gent. 4. lect. 4. Mercer. in conciliat pag. 58. Forcat. in l.1. h. t. n.21.*

Prædij vicinitatem.] Male hic sequitur Vult. hanc differentiam inter vrbanas & rusticas seruitutes constituentem, quod in illis vtriusque prædij vicinitas nõ requiratur. Etenim & in genere & in specie vbi de vrbanis seruitutibus agitur vicinitas exigitur *in l 1. §.1. l.2. 4 6. 8 9 11. 22. 29. 31. & 33. de seru vrb prædior.* & si singulas species percurras, non nisi inter vicina prædia locũ illis esse deprehendes, quin imo natura vrbanarum seruitutum maiorẽ vicinitatem prædiorum requirere videtur. Nec obstat quod *in l. 6 in prin. com præd.* dicitur, parui referre vicinæ sint ædes an non: vel quia ille textus est de seruitute altius nõ tollendi, quæ etiam à remotioribus ædibus deberi potest *l.4. §. vlt. l.5. & 6. in princ. si serv vind* & a specie male infertur genus: vel quia illa constitutio nõ simpliciter valet, sed eatenus vtilis est, si ædes intermediæ sint humiles, & quidem eatenus, & tam diu vtilis quamdiu dominus intermedius nõ extulerit ędes: vel deniq; generaliter dicemus, sicut prædio futuro imponi potest seruitus, ita & remotiori prædio imponi posse, vt quemadmodum illo casu ædificio demum extructo vtilis esse incipit servitus, ita hoc quoque casu seruitus quasi pendeat, interim dum intermedio etiam prędio fuerit imposita: quam veram sententiam esse, *d. l.6. com. præd* docet collatio *in l.7. h. D. eod* quæ simul differentiam illam Vult. plane confundit: quoniã quod *in d. l.6. de altius non tollendi seruitute, idẽm l.7. de itinere* affirmatur. Et seruitutes rusticas distantia aliqua prædiorum, minus impediri

autem concessio etiam libertatem prædio restituit. Aliæ igitur explicationes & coniecturæ quærendæ sunt. Duas habet *Glos. in d. §. aque. l. d. a.7.* Prima si quis sit in quasi possessione seruitutis, ne altius tollã ædes meas, ego agam ius mihi esse altius tollendi Verùm ita ego vindico nõ seruitutem sed libertatem. Secunda, si debeas mihi seruitutem, vt altius teneas ædificatum, ꝙ post Dynum Iason *in d. §. aque n. 43.* ita exemplificat, si ædibus tuis, quæ meis debeant seruitutẽ oneris ferendi, collapsis, ego agam, vt ædes extruas quo tignum immittere vel onus imponere possim. Verum hęc sententia plane inepta est: vel quia aliud est ædificare, aliud altius tollere: vel quia hic nulla seruitus altius tollendi, sed tãtum oneris ferendi, cuius vindicatione consequor vt vicinus ædes reficere cogatur: vel quia ita verba *d. § aque*, si quis agit ius sibi esse altius ædes suas tollendi, ineptissime explicanda fuerint, si quis agat, ius sibi esse, vt vicinus cogatur ædes suas altius tollere. Alia cõiectura & exemplum istius seruitutis est, si intersit mea, vt vicini ædes altius tollantur, & ita eum vt ædificet & altius extollat cogere possim, veluti si per repercussionem lumen in ædes deferatur, *argu. l. 17 §. 2. d. serv. vrb.* vel mercator dolosus vmbrosas ædes vel tabernas habere velit; vel si ædibus altius sublatis incommodus ventus vel transeuntium prospectus in ædes meas impediatur: cuiusmodi exempla proponuntur à Cæpol *d. serv. c. 26. n. 1.* Sed & hanc coniecturam destruit, tum quod vnicã tantum traditur seruitus oneris ferendi, quam debens aliquid facere cogitur *l. 15. §. 1. d. seru. l. 6. §. 2 si servit. vend.* tum ꝙ de eiusmodi extraordinaria seruitutis specie ICti supra dd. locis egisse aut cogitasse non videntur: tum quia repugnant verba *in dict. §. aque Ius sibi esse altius tollendi* & maxime in *l. 2. d. seruitut. rust.* LICERE altius tollere, quæ coactionem excludũt. Videamus an tentari possit, vnam eandemque esse seruitutem, quæ diuersa relatione diuersis nominibus appelletur, causam præbente formularum diuersitate, quæ ex parte asserẽtis seruitutẽ, negatiue: ex parte eam negãtis, affirmatiue concipiuntur: ex qua diuersitate etiã ipsam seruitutem diuersimode appellatam probabile est: & cum seruitus priuatio sit libertatis possit dici seruitus altius tollẽdi, quæ iure illo priuat, & hæc verba, debeo seruitutem altius tollendi. hanc interpretationem recipere possunt debeo seruitutem altius tollendi. Verum, vt libere ꝙ sentio exponã, existimo catenus dici seruitutẽ altius tollendi, & eo respectu, quatenus relatio fit ad vicinum, qui me altius ædificante, ipse cõtra ædificare, & luminibus meis officere iure constituta seruitute non potest Nimirum, vt exemplo simili vtar, fenestram in suo aperire iure libertatis cuiusuis licet, sed quominus vicinus officiat luminibus, aperire non licet, nisi imposita seruitute, quæ relatiue dici potest, licere fenestram aperire, & lumina immittere, quatenus scil. propter seruitutem impositam vicinus contra nihil facere potest, & ita liceat cum effectu vt lumina ita retineam, quod solo libertatis iure non licet. Ead. ratione iure libertatis altius tollere licet, sed ita tollere, ne contra tollatur, imposita demum seruitute licet: quo respectu *in l. 2. d. seruit. rust.* dicitur seruitus licere altius tollere Vide etiã Ant. Fab *19. coniect. 9. & 15. inf.*

LIT. E.

Hæ diuersæ seruitutes sunt.] Videlicet ne luminibus officiatur, & ne altius tollatur. Hactenus illæ inter se similes, quod maxime sublatione ædium luminibus offici solet, *arg l 4. de serv. vrb.* attamen aliis quoque modis lumina impediri possunt, veluti arboris positione *l 17. seru vrb.* et proinde plus fit in hac seruitute, ne officiatur luminibus.

An huic seruituti,] Verba Tr. ita habent: an huic seruituti locus sit: si quis acquirat partẽ ædium ab eo, qui in alia parte non vendita habet fenestram in aream vicinarum ædium venditarum respicientem: & remittit se ad Tessaurum quem hoc dicitur affirmare. Verum ex allegato loco apparet & obscure & male hanc quæstionem à Tr. proponi: quia non tam quærendum est, an huic seruituti sit locus, sed potius an ædes ita vẽditæ censeantur, vt maneant in statu quo ante fuerunt, & debeant seruitutem ne officiatur luminibus iis quas venditor retinuit. Quod licet affirmare videatur Treut. ex eo tamen dubium redditur, quod cum res sua nemini seruire possit, vtræque illæ ædes, quamdiu penes eundem dominum fuerunt, inuicem sibi seruiturẽ debere non potuerunt: vt ita necessum esset, de nouo existere seruitutem, quod tamen citra cõstitutionem fieri non potest: facit contra Tr. *L. 10. d. serv. vrb.* quod ipsũ agnoscit Tessaurus, qui licet pro affirmatiua iudicatum scribat, magis tamen tandem videtur inclinare in negantem, extra casũ seruitutis vt ipse loquitur permanentis. v. c. tigni immittendi oneris ferendi, cũ quo onere proculdubio ædes venditæ intelligentur, quod & probat Cæpol. *d. servit. c. 38. n 6.*

THE-

THESIS III.

Lit. A.

Affirmat hic nemini licere pariete suo aperto, fenestras in eo invito vicinio habere. Quam sententiam, siquidem paries proprius sit falsam esse existimo quia licet aedes suas altius tollere, etiamsi vicino officiatur, licet, etiam licebit quoduis facere in proprio pariete, quem etiam destruere licet, vt recte Hottoman. 2. *amic resp.* 4. & 31 quem male pro se adducit Tr. Et omnino probo Donel. 10 *Com* 5. posse quem aperire parietem iure suo, sed vicinum posse contra aedificare, agere autem, ius vicino non esse parietem apertum habere, non posse. Neque obstat quod probare videtur ex *l.* 4. & 40 *d serv vrb.* iure tantum seruitutis vicinum lumina mea excipere teneri: quia respondeo vel seruitutem talē *in d.l.* 4. intelligi, per quam vicinus lumina excepta in medium dimittat, vel hoc explicant Glossa Bc. & Flor *in d l* 4 vel potius (quia haec explicatio praesupponit singularem speciem seruitutis, & fere conturatur per *d.l* 40.) ex verbis. *excipere teneri:* quia hactenus iure seruitutis fit: vt vicinus luminibus officere nō possit: alias citra seruitutem, iure quidem fenestras immitto, sed vicissim vicinus iure suo luminibus obstruere potest. Nec mouet oppositio *d.l.* 4. inter seruitutem luminum, & ne luminibus officiatur: quia hae seruitutes differunt tantum secundum quid, & magis & minus. Illa respicit primordialem constitutionem luminum, & in loco singulari etiam esse, & eo quoque pertinere, vt vicinus aliquid remoueat, potest. Et sane quaecunque seruitus luminum, quae alias inutilis futura esset, hoc necessario secum trahit, vt ne vicinus illis officere possit. Illa ieiuna obiectio est qua mouetur Cuiac. 1. *obseru.* 31. quod nihil intersit, pedes ne an oculos quis in alieno habeat: quoniam imo multum interest, neque inspiciendi in alienum, sed luminis gratia quisque fenestras immittere praesumitur. Plane statutis & legibus, sicut aedificiorum altitudini, ita huic quoque rei modus imponi potest. quod factum videtur *in l.* 12. *Cod de aedif princip.* vbi distinguitur inter fenestras luciferas & prospectiuas, & has non nisi sub certo modo & distantia habere permittitur: quamuis illa constitutio noue ex Graeco inserta, & vtique consuetudine & ipsa reip. conditione antiquata sit.

Vbi recte reprehenditur.] Bis reprehenditur hac lit. Cuiac. 1. circa emendationē *l.* 14. *d seruit vrb.* in qua pro, *nulli*, putat legendū, *luminū*. Ipse quidē Cuiacius non omnino eā probare videtur: & tamē id quo mouetur Cuiacius, quod alias nulla ratio dubitandi sit, nec remouetur a Robert. 2. *recept lect.* 30. (quoniam licet circa interstitiū illud, dubitandi ratio sit, illud tamē manet nullā esse in priori parte legis, qua area nulli seruiturē debens proponitur) neque ab Hottomā 2. *amicab respons* 4 qui non probat, quod seruiturē lum num debens nullo plane modo possit aedificare. Deinde reprehenditur Cuiac. circa emendationē *l.* 40 *d. seruit vrb.* quae extat 1. *observ.* 31. (quoniā error hic est Typographi, qui iterū hic posuit *l* 14. *d seruit vrb.*) Et haec quidem reprehensio recta est, quoniā iam ante probauimus, proprio parieti aperto licere fenestras immittere: verum ea non decebat Tr. quippe qui sequitur hac in re sententiam Cuiacij, existimantis, inuito vicino nec proprium parietem aperire licere, & ideo *in d l.* 40. pro *commun* reponentis, *caeco*.

Superest ista hac lit. quaestio, an & quomodo differant seruitus luminum, & ne luminibus officiatur. Eas quidem differre affirmat Treut. per *l.* 4. *d. seru vrb* sed dubium facit, quod sola exceptio luminum, de qua *in d l.* 4 agitur, non potest facere seruitutem, nisi simul hoc actum sit, ne vicinus luminibus officiat: quoniam, vt paulo ante probatum, quiuis iure suo lumina immittere possit Hinc Donell. 11 *comment.* 5. diversitatem *in d l.* 4. propositam tantum ad conceptionem verborum refert. Sunt qui eiusmodi seruitutem confingunt, vt vicinus cogatur habere fenestras in suo, vt inde ad nos lumen deriuetur. Verum haec plane irregularis fuerit servitus, & haec explicatio abhorret à proprietate phrasis, lumina nostra excipere *dict. leg.* 4. Dici posset seruitutem luminum respicere constitutionem nouam luminum, sed eam ne luminibus officiatur, cōseruationem magis praeteritorum. Paul. Castrens *in d l.* 4. hoc differre has seruitutes ait, quod altera plus altera minus contineat: cum qui luminū seruitutem debet posse aedificare, & quiduis facere, modo lumen necessarium vicino relinquat: qui autem debet, ne luminibus officiat, nihil plane quo lumen minuatur, facere posse, licet alias lumina vicino abundent: quod etiam sequitur Caepol. *loc. cit.* & fere etiam Duaren. 1. *disput.* 13. *in princip* Et hactenus admitti potest differentia à Cuiac. tradita, 1. *observ.* 4. quod qui luminum seruitutem debet, aedificare possit: Etenim quae ab Hottom. 2 *amic resp.* 4. proponuntur differentiae, quod seruitus ne luminibus

minibus

luminibus officiatur habetur ab ædib⁹ plerumque è regione positis, altera ab ædibus cõtiguis: illa hoc cõtineat ne vicinus aliquid faciẽdo lumina mea minuat, hæc vt nude patiatur & mea lumina fenestrasque in aream suam excipiat, difficultatem non tollunt. Prima commentitia est, neque possunt ædes alteræ alteris hanc seruitutem debere, nisi qua rationem è regione sibi oppositarum habent. Altera principiũ petit, quoniam iam ante probauimus in sola luminis exceptione nullam consistere seruitutem: etiã paulo ante notata. Illud hîc obseruandum, non eas tãtum seruitutes vt diuersas proponi, quæ specie, sed etiam quæ gradu, qualitate, & secundum plus & minus distinguuntur.

LIT. C.

Quæ itidem diuersa sunt.] Videlicet seruitus prospectus, & ne prospectui officiatur. Videtur autem harum seruitutum ead. ratio & proportio, quæ priorum duarum luminum, & ne luminibus officiatur: vt proinde etiam sicut hæ, secundum plus & minus distinguendæ videantur. Neque enim probandam puto Cæpol. quem Tr. sequitur sententiam, quod qui seruitutem prospectus debet, teneatur aliquid facere, & remouere, quæ prospectui officere videantur: si quis autem debeat, ne prospectui officiatur, eum satis esse nihil contra facere. Hoc quidem plane diuinatorium, & contra naturam seruitutum aliquid facere cogi, & accidentale est, vt aliquid interueniat, quod officiat prospectui, qui facile ab initio liber constitui potest: neque verisimile est, quod seruitus prospectus plenior sit, quam illa ne prospectui officiatur.

LIT. D.

Ad quæ etiam ius venandi.] Caute facit, quod tantum refert hoc, aperte nõ probat: nihil enim potest dici falsius, quã ius venandi ad seruitutes vrbanas esse referendum. Iniuriam tamen facit Gailio, qui *obs. 66.* non seruitutem vrbanam, sed Realem esse, cum Zasio affirmat: quamuis nec inter rusticas seruitutes ius venandi recte computetur, vt ostendemus *inf. p. 2. disp. 20. th. 3.*

THESIS IV.

LIT. C.

Recte hic Tr. in definitionibus siue descriptionibus (quibus alias ad perfectionem definitionis, aliquid addi possit) itineris, actus, viæ, nihil vult mutari. Nimis improba hæc iura tractandi ratio est, LL. ex captu tuo metiri, & quidquid non capit tuum caput, protinus spurium & expungendum clamitare. Cum duobus autem hic nobis res erit, Antonio Fabro & Hottomano. Ille in actu ius solum eundi cum iumento esse ait, eoque verba *l. 1. d. seru. rust. & in prin. Instit. de ser. : rad etiam sine iumento,* imperito interpreti ascribenda & expungenda, nimis audacter, ne quid grauius dicã, contendit, & *in l. 2. quemadm. serv. amit.* expresse hoc actum, vt etiam sine iumento ire liceret, comminiscitur. Ea sententia præter textus illos expressos, confutatur per *l. 58. l. V. O.* vbi falso responderet ICtus, cum qui actum stipulatus est, iter postea stipulando nihil agere, nisi ius per se eundi in actu contineretur: & inepta plane ratio à Fabr. proposita, quod verba sint interpretanda contra stipulatorem: siquidem nihil imputari potest ei, qui per iter ius eundi per se, proprio significatu intellexit: neque vero ICtus rationem decidendi ab ambiguitate verbi petit, sed ex eo, quod stipulatio actus contineat iter, non secus ac in stipulatione fundi vsusfructus continetur *d. l. 58.* Accedit *l. 9. §. vlt. d. nouat.* vbi dicitur, nihil agere eum qui actum stipulatus, postea iter stipulatur. Neque enim verum est quod A. Fab. ait nullã posse fieri nouationem, nisi in posteriori stipulatione amplius contineatur: quia imo sufficit, aliud in posteriorem stipulationem deductum esse: quin & ille locus nõ de nouatione, sed simpliciter de stipulatione loquitur. Sed obiicitur *l. 1. d. adim. legat.* vbi actu legato, si iter adimatur, nihil ademptum ICtus respondet: atquin si in actu ius eundi per se contineretur, vtique ademptione hac aliquid agi respondendum fuisset. Respondet *Donell. 11. comm. 6.* nihil adimit, id est, nõ iter cum iumento, quia non potest: non iter sine iumento, quia hoc antea non legauit: quæ ipsa Accurs. *in dict. l. 1. d. adim. legat.* responsio est. Verum quia hoc nimis argutum, & fere captiosum videtur (quoniam siquidem in actu ius eundi per se continetur, etiam ipsum legato actu legatũ videri potest) rectius fortasse dicitur, quod cum actus natura sua in se contineat iter *d. l. 58 d. V. O. & d. l. 9. §. vlt. d. nouat.* ademptionem sequutã ita potius explicarunt ICti vt pro nulla habeatur, & ita actus in natura sua, & qualis regulariter est, relinquatur. Plane si testator expresse ita ademerit, vt eum sine iumento ire prohibuerit, non dubitauerim ademptionem vtilem futurã: quod licet in itinere minus sit, eo tamen respectu hæc ademptio vtilis fundo seruiẽti esse potest, quod ius eundi per se frequẽtius soleat exerceri: velut etiã expressa conuentione ita cõstitui actus potest, vt sit sine itinere, *per l. 4. §. seru. vindic.* Ad

eundem modum in fructu inest vsus *d. l. 9. §. vlt. d nouat* & qui fructu legato vsum adimit, nihil adimere dicitur *l. 14. § 1 d. vsufr & habit* vt tamē nihilominus aliquando hæc separari possint *l 5. §. 2. vsufruct. quemadm. caueat.* de quo actum disput. præc. Hæc contra Anton. Fab. pro afferenda definitione actus, quod hic etiam cōtineat iter. Aliam controuersiam eidem actui mouet Hottom *obseruat. 21.* negans eo contineri ius agendi vehiculum. Scilicet existimat ille, veteribus ICtis hic non conuenisse: & Paulum quidem cū Modestin. nullum inter actum & viam differentiam reliquisse, Pompon. autem & Vlpian. actum iumenti videtur vehiculi propriam putasse: cui coniecturæ ne obster *l. 1. d. seru. rust.* definitionem actus quæ Vlpiani est, ita emendat, quod sit ius agendi iumentum, non etiam vehiculum: vt ita iter sit equitum & peditum, actus mulionum & agasonum, via aurigarum. Quæ sane belle se subsequentia probarem non inuitus, si opiniones Hottom. eandem, quam textus iuris, obtinerent authoritatem: neque temere aut textus emendandi, aut IC. inter se committendi sunt. Et statuamus igitur cum Vlpian. *in d. l 1 & cum Iustin. in princ. Instit. d. seruit. præd.* quod in actu etiam ius agendi vehiculum contineatur. Cui sententiæ nō obstat *d. 13. d seruit.* vbi dicitur si ita angustus locus sit, vt iumentū tantum agi possit, actum esse: quoniam actus alius plenior cum vtroque iure, alius minus plenus est: vel propter conuentionem partium, vel qualitatem loci angustioris: vtique enim cum iumentum agere in itinere nunquam, in via semper contineatur, ius agendi tantum iumentū nō nisi actus esse potest. Porro obiicit Hottō. *l. 23. d. seru rust.* vbi ait ICtus, viā posse esse angustiore octo pedibus, modo vehiculum ire possit, alioquin iter futurum non viam, vel admissa emendatione Hottom. actum aut iter futurum non viam Responsio est ead. quod in via necessario semper insit, ius agendi vehiculum, sed ab actu aliquando abesse possit: & iuxta vulgatam lectionem, cuius mutandæ nulla ratio est, non obscure colligitur, etiam in actu aliquando ius vehiculi agendi inesse: quod etiam satis perspicue traditur *in l. 7. §. 1. & l. 22. d. seruit. rust. fa. it l 11 quemad seru. am. & l 13 § 1. d. acc ptil.* vbi dicitur, si actus & iter accepto ferantur, tolli viā: quod sane & falsum & absurdum esset, si in via hoc amplius ius agendi vehiculū contineretur. At dixerit quis, hoc modo nullam inter actum & viā superfuturā differentiā. Forcatulus *in l 1. d seru. nu. 24,* ita hæc duo distinguit, vt qui viam habet, vehiculū agere possit & simul à latere iumentum: qui autem actum, non simul, sed tantum successiue, aut si simul, ita vt præcedat iumentum sequatur vehiculū aut vice versa. Absurdius adhuc Robert. 4. sentent. 5. putat actum significare ipsā actionem, viam autem ius. Rectius dicitur, quod via semper perpetuo & proprietate sua cōtineat ius agendi vehiculū. actū non semper *l. 23. d. ser. rust.* & vbi continet, consequentia magis quadā quā proprietate verbi comprehendere, quæ videtur sententia Cuiac 22. *obs. 35. Donell. 11. com 6 Duar. 1. disp. 31 Charond. 1. verisim. 5. Marc. Lyclam. 3 mem. 12.* Huc accedit, quod in via etiam cōtinetur ius trahendi tignum, ferendi hastam rectam *l. 7. d. seru. rust.* vbi vid. Gothof. Videri etiam possit, ꝙ actus tantum contineat alterutrū, agere iumentum, vel vehiculum; atq. definitionis, qua dicitur esse ius agendi, non, iumentum & vehiculū, sed, iumentum vel vehiculum, sed id textus citati non ferunt Vltimo ad priorum confirmationem notandum, quod seruitutes istæ tres non tam specie quam potius gradu, secundum plus & minus differre videantur.

Si via eam latitudinem.]Proponit ex *l 23. d serv. rust.* si via eam latitudinem non habeat, qua vehiculum ire possit, iter futurum non viā & male emendare Hottom. *iter erit aut actus non via* Equidem emendatio illa necessaria non est, vel quia actus plenus etiam in se habet ius vehiculi agēdi, vel quia potest intelligi ea loci angustia, vt nec iumentum ire possit, quod ipsum implicite videtur significasse ICtus, quod vbi vehiculū duci nequit, nec iumentum commode agi posse videatur. Attamen negari non potest quod cōmodior sit Hottom lectio: siquidem non satis accurate opponuntur via & iter, inter quæ actus est intermedius, & in quo aliquando tantum ius agendi iumentum inesse, ostendit *l. 13 h. tit.* eoque recte dicetur, si ea latitudo non sit, vt vehiculum duci queat, aliquando actum futurum esse: vt vel ideo non sit admittenda simpliciter propositio Tr iter esse futurum.

THESIS. V.

LIT. A.

Vt aquam quærere.]Contrarię inter se videntur *l. 10 serv rust & l vlt si serv. vind.* in quatum vtraque cum sent ntia Labeonis proponatur, oportet aut illum sibi fuisse contrarium, quomodo Gloss. *in d. l. 10* eum variasse existimat, aut sententiam eius *in d l vlt. si serv. vend.* à Paul. non recte aut minus candide acceptam & explicatam esse:

esse: & solet alias in Labeonē iniquior esse Paul. nec male Accurs. *in d. l. vlt.* non recte à Paul. Labeon. reprehendi affirmat: neque difficilis est illorum locorum compositio, quod aliud sit seruitus aquæ ductus: aliud ipsum iter, per quod aqua ducenda sit, quod quidem aqua nondū inuenta ideo constitui nequit, quoniam per quam partem fundi ducenda sit nondum constare potest: de cuiusmodi itinere aquæ recte accipitur *d. l. vlt.* cum Govean. 1 variar. 18. cuius opinionem cauillatur Hottoman.

Sic ex castel'o.] Pertinet ad explicationem *l. 2. Comm. præd* quæ sane satis obscura est: & nescio, quid ibi Accur. Castr. & alij Dd. comminiscantur. Probabilior est explicatio Hottom. 1 *amic. resp.* 15. quamuis sane ICtus ibi de tuendo eo qui id acquisiuit in ipso iure hauriendi, non in iure ducendi, non obscure loqui videatur.

LIT. B.

Aquæ haustus.] Obijcitur huic sententiæ *l. Mela. 14. § vlt. d. aliment. leg.* vbi vocatur seruitus personæ. Respondert potest, appellari ita ex accidenti, quod personæ ius illud relictū est, maxime si persona illa prædium non habeat: quod & aliis seruitutibus accidit *l. 4. d seruitut. rust.* iuxta notat. disputat. præced. thes. 1 eaque videtur sententia Bart. *in d. l. 14. §. vlt.* Et tamen verius est locum illum corruptum, aliterq; distinguendum & emendādum, & omnino ita legendum esse: *nam & haustus aquæ, vt pecoris ad aquam appulsus, est seruitus, personæ tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur:* hoc sensu, tale ius, quod natura sua reale, personæ constitui posse, maxime si ex eo genere sit, cuius est aquę haustus: idque præcedentia suadent, in quibus ICtus de aqua personæ relicta proponit, & obiectioni tacitæ, quod iura eiusmodi vicinis prædiis eorumque possessoribus relinqui soleant, occurrit, & per instantiam respondet, exemplo similium iurium, perpetuum hoc non esse ostēdens, vel certe tum demum verum esse, vbi tanquā realia, non vt personalia iura cōstituuntur.

LIT. C.

Quæstio hic tractatur, an ius in alieno spatiādi vel cœnandi constitutum, seruitus habenda sit, an vero tanquam simplex ius personale censendum. Quæ controuersia inter antiquos olim agitata fuit: *& Cyn post Petr. in rubr. C. d. vsufr.* seruitutē personaliter esse asserit: sed diuersum probant *Gloss Bart & Castr & Florian in l 8. h tit. & idem. Bart in l. 14. §. vlt. d aliment. legat.* vbi hāc sententiam ait esse communem, Ratio tamē eorum, quod nihil deminuatur de fructibus, concludere, mihi nō videtur: & ideo magis sequor. Cyn. quod sit seruitus personalis, quippe libertatē prædij minuens, quæ adeo, in quo consistit huius quæstionis effectus, actione in rē cōfessoria, cōtra quemcunque turbantem asseri possit.

THESIS VI.

LIT. A.

De vasallo fructuario iam actū est disput. præced. thes. 10. lit. D. Sed illud non animadverto, qua ratione defendi posse existimet, ius illud, quod vasallo & emphyteutæ concedit, non habere superficiarium: siquidem ratio differentiæ non apparet, cum etiam superficiarius vsumfructum constituere *l. 1. in fi princ. quibus modis vsusfruct. am.* nouum opus nuntiare *l. 3. §. 3. d. nov. oper nun.* & rem vindicare possint *l. 1. d. superfic.* Neque obstat, quod hic non videatur habere ius in solo, cui inhærere dicuntur seruitutes, quoniam illud eo respectu dicitur, vt eum non esse dominum intelligamus: quin & quædā seruitutes in superficie consistere dicuntur *l. 20. in pr. d. seru. urb.* eodemque modo explicandū est, quod superficies dicitur seruitus *l. 86. §. vlt d. legat.* 1 Et tamen isti omnes nō vere imponunt aut patiuntur imponi seruitutem, quia ius istud nō vere afficit prædium cum soluto iure istorum exspiret. Neque obstat *l. vlt C. d reb al. non. al.* vbi prohibitus alienare, nec seruitutem imponere potest, quia de vera seruitute, quæ perpetuo prædium afficit loquitur. Et tamen non intelligendum est, quod impositio seruitutis sit vera alienatio, sed quod, quia deterius efficit prædium, ipsa quoque prohibita videatur. Ideoque si vasallus imponat seruitutem, prædium feudale ad dominium reuerti negabo.

LIT. B.

Vel socius fundi communis] Socius nec pro parte quidem prædio communi seruitutem recte imponit (possident enim pro parte indiuisa) *l. 2. h. tit l. 34. & l certo. § 1 d seruitut rust l 28. infr. com. diuid.* & in re communi potior est conditio prohibentis. Benigne tamen receptum est, vt ipse socius qui cessit ius seruitutis prohibere nō possit *l. 11. inf d seru rust.* ita vt nō tā fundus quā persona ius illud debere cēseatur Et omnino vt seruitus vtiliter constituatur, necesse est vt omnes socii ius illud cedant, & quidē ex stricta ratione simul: sed & hic benigne receptū est, vt pluribus dominis etiam pariter non cedentibus seruitus recte imposita habeatur, iuxta *l. ult comm. præd. d. l. 11. in pr. d. seru. rust.* ita vt cessione nouissima

 priores

priores confirmentur dd ll. arg. *l. 6. §. com prad.* & perinde habeatur, ac si tum demum omnes cessissent, vt eleganter ait Pauli *in d l. vlt. comm. prad.* Ideoque si post cessionem à se factam, qui eam fecit antequam alter socius cedat, moriatur, aut partem suam alienet, posteriori cessione nihil agetur *d. l vlt in princ.* quoniam hic propter defectum primi cedentis, locum non habet fictio, vt cũ posterio. i omnes simul cessisse credantur, & vt Bart. *in d l ult n. 2.* quando factũ vno tempore fingitur, factum alio, requiruntur extrema habilia, vt eo tempore quo fingitur fieri possit Huic consequenter his verbis infert Paulus, *igitur rursus hic actus pendebit, donec nouus socius cedat.* Quod omnino patet, accipiendum de actu posterius cedentis, qui interim in suspenso erit, (prioris enim nullus est) donec per cessionem noui socii, qui in locum prioris deficientis successit, confirmetur. Ideoque male verba illa de actu primi cedentis accipit *Hotom. 7. observ. 2.* vbi alias bene illam legem explicat; vide etiã Ant. Fab. *19 conject.* 18. Ioh Super. *in l. 2. h. t. num.* 8.

THESIS VII.

LIT. A.

Pacto & stipulatione] Siue pacti verbum in genere, siue in specie accipiat, non satis recte hæc verba se habent: quod aut mala oppositio, aut manca enumeratio, aut superflua in allegatis precarii & emptionis adiectio videatur.

Item precario.] Minus vere & proprie dici videtur, quod precario cõstituatur seruitus, quia cum seruitus ne quidẽ ad tempus constitui possit, multo minus ita, vt ad nutũ cõcedentis reuocetur, poterit cõstitui & *in l. 3. de precar.* ius magis personale constitutũ videbitur, cũ etiã alias quælibet seruitus realis quasi personalis effici possit *l. 24. §. vlt. d. aliment. legat l. 4. d. seruit. rust.*

Sub conditione tamen &c.] Intricatum satis hoc est, quomodo sub conditione vel ex tempore seruitutes constitui non possint, & tamen ita recte promittantur, vt ait Tr. cod. loco. Vbi notandum initio, quod sibi contradicat Tr. aut per homonymiam male & confusim verbo *constitui* vtatur & abutatur: siquidem in th. ipsa conuentione constitui ait seruitutes: & vtique cum sub conditione promittuntur, itidem cõuentio est, quæ existente conditione purificatur: vt pure debeatur. atque ita siquidem etiam conuentione constitui dicuntur seruitutes, necessario sequeretur quod etiam stipulatione conditionali constitui possint: illa etiam cauillatio fuerit, si dicas pendente conditione non constitutas, sed demum ea existente, & cum priorem assertionẽ ex *l 4. d seru* proponat, nemo ibi dixerit in verbis ludere ICtum, & ita negare sub conditione constitui, vt casum pendentis conditionis intelligat. Porro vt de re ipsa agamus contra sententiam Treut *d l. 4* non de constitutione proprie sumpta, sed de promissione esse accipiendã, inde euinci videtur, quod vtique sub conditione, de quo etiam casu ibi agitur seruitutem imponi ratio non patiatur, & tamen absurdum fuerit non admittere huiusmodi promissionem vt existente conditione, actione personali ad seruitutem agi liceat, cum multis locis tráditum sit, ædificio nondum constituto seruitutẽ acquiri posse. qui nodus varias explicationes peperit Accursio, ex quibus priores duæ omnino absurdæ, & *in d. l. 4. à Bart & Bl* improbatæ, qui cum Glossa in id descendunt, vt intelligant *d l. 4* de conditione extinctiua, qua se seruitus imposita finiatur. Sed bene aduertit Zas *sing resp 30.* hoc ipsum nihil aliud esse quam seruitutem constitutam vsq; ad conditionem, cum tamen ibi ICtus duos casus & duo diuersa membra, sub conditione & ad conditionem proponit; neque enim dicere possis, re ipsa vnum & idem ICtum intellexisse: nec etiam quod Bart distinguit inter conditionem, quæ habeat causam momentaneã & successiuã, v. c donec volam, ad quam verba ICti, *ad conditionem*, sint refringenda. Vtique quoties aliquid sub conditione fieri dicitur, non resolutiua, sed suspensiua conditio in dubio intelligitur: nec probandum quod Ioh. Super *in l. 4. h t.* inter viã, iter, &c. & seruitutem distinguit: quasi ICti dũ dicunt sub die vel cõditione posse promitti iter vel viam, ius tamen quoddam personale intelligant. Videtur hæc res in subtilitate quadam posita esse, vt sc. valeat, si dicam promitto me tibi constiturum seruitutẽ si nauis ex Asia veniat: sed non valeat, si dicam. constituo iam tibi seruitutẽ & ius eundi tibi concedo, si nauis ex Asia venit, quia cũ patientia quæ loco traditionis est actus successiuos requirat, concessio conditione suspensa inutilis erit: quæ etiam videtur sententia Zasii d loco à quo si dissentit Tr & allegat illum sane pro diss. qui sentiat non intelligo.

LIT. B.

Sed & testamento] Pactiones quibus cõstituatur seruitus, ita opponi & testamẽto, cum heres damnatur præstare seruitutẽ Non recte. siquidẽ etiam per modũ vindicationis legatis seruitus potest. quod vel probari potest solo textu *in l 19. §. 1 quemad. serv. am.* vbi ignorans seruitutem sibi

sibi relictam non vtendo eam amittit. Neque quod *in vlt. Instit. seru. præd.* damnationis mentio fit, inde aliter legati seruitutem non posse consequitur. Hactenus quidem recte conferuntur pactiones, cum legato damnationis, quod vtrobique ex ratione iuris antiqui tantum actio personalis competit: verum agēti de modis quibus testamento seruitus, principalis non erat omittendus, cum præsertim hodie pro quouis legato vindicatio detur, *l. 1. C. commun. d. legat.*

Electio erit illius] Si seruitus siue certa subiecti determinatio constituta sit, eius electionem fore ait, constituta est ex *l. 9. h. t.* Sed quia repugnat *l. 26. de seruit. rust.* temperandū aliquo modo hoc videtur. Et quidem distinctio, inter seruitutem ex conuentione & vltima voluntate constitutā, & ratione destituta est, & ICtus *in d. l. 8. h. t. verbis cedi & relinqui*, vtrumque modum constituendi significasse videtur. Probabilius *d. l. 25.* de legato damnationis accipitur *arg. § vlt. I. d. se præd.* quæ in effectu est sententia Bl. ibid. vbi interesse ait an verba executiua sint directa ad hæredem, an ad legatarium, quod sequitur Florian. *ibid.* & Cepol. *d. seru. c. 23. numer. 5.* est enim communis sententia Dd. quo ad effectum cuius sit electio: hodieque interesse, an verba ad heredem, an ad legatarium sint directa, de quo *infra p. 2. disp. 13 th. 5* Possit etiam dici diuerso respectu vtriusque esse electionem, ex mente Accursij *in d. l. 26* nimirum legatarij primo, qui si cessat & indefinite per quamcunque partem fundi seruiture vti velit redire electionem ad heredem, vel locum certum designet: quod videtur sequi Coras *in d. l. 9. h. tit.* quomodo & ex aduerso heredis potest dici electio, quæ illo incommodum locum designante, legatario conceditur: quo videtur respexisse ICtus *in d. l. 26 d. seru. rust.* illis verbis, *si nulla legatarij captio sit.* Et hoc simplicius proponit Forcatulus *in l. 9 h t num 2. & 3.* simpliciter neutrius fore electionem, sed si non conueniunt, ad arbitrium eundem, qui in definiendo loco potius sequuturus sit sententiam debitoris, citra tamen captionem & incōmodum creditoris, siquidem totus fundus seruire intelligatur *l si mihi cum l seq. d seruit. rust* idque in effectu sentit Iohan. Superior *d l. 9 h t. n. 4.* vbi ait de duobus quæri, quod de neutro eorum commode dici possit, nec alterutri absolute permittatur, siquidem decidendæ huic controuersiæ arbiter sumatur *l 13. §. 1 de seru. rust.* qui scilicet definiat, cuius determinationi potius sit locus faciēdus. Eoq. descendit Charōd. *l. verisim.* *5 in pr.* vbi vtrumque coniungit, & effectu nihil interesse ait, vtrum legatarij an heredis electio esse dicatur. Quæ sane bene probabiliter dicta male improbare videtur Tr. dum Iohann. Super. pro dist. allegat. Et potest ead. hæc sententia ex verbis Don. colligi, quibus ait, electionem esse legatarij, si qua alias eius captio sit, & vicissim esse heredis si nulla in eo captio legatarij sit: licet statim ab hoc deflectere, & aliter id explicare videatur, distinguendo inter partes, quæ intelligantur seruituti vel obligatæ vel exceptæ: quod in illis sit electio legatarij, in his heredis, si in his seruitutem constituere velit. Quæ explicatio omnino improbabilis videtur: quoniā hæc quæstio, nō de partibus exceptis, veluti vicinis, arbustis, ædificijs, &c. sed alijs disputari intelligenda est: & in exceptis præcipue aut legatarij aut heredis captio vel damnum versari videtur: & ipse contextus *l. 26. de seru rust.* restringi se ad partes eiusmodi exceptas non patitur. Verum de ista quæstione plus facit.

Si quis binas.] Intelligetur possit ædes altius tollere quarum nudam habet proprietatem permittente fructuario *l. 7. §. 1. in fin. d. vsufruct.* ex quo fundamentum Cuiacij, quoad emendandū textum mouetur, destruitur. Neque temere mutandi sunt textus, & in casu, quem vulgata proponit lectio æque militat dubitandi ratio à Marcello, subiecta, & differentia proposita inter lumen & inter siue accessum.

THESIS VIII.

LIT. A.

Num vsucapio quoque.] Dubitatum ait, vtrum vsucapio referenda sit inter modos acquirendæ seruitutis Vbi 1. hoc notandum, non recte hoc coniungi cum th. præc. in qua actum est de ea ratione acquirendi, ex qua tantum enascitur actio personalis. Videlicet conuentione & legato damnationis vsucapio autem non potest esse nisi modus realiter constituendi seruitutem, ita vt protinus actioni confessoriæ sit locus. Cæterum quod ipsam quæstionem attinet quæ tractatur lit. B eius sedes propria est *infra p. 2 disp. 22.* pauca saltem attingemus. Ait Treut. seruitutum rusticarum vsucapionem non primum à Iustin esse introductam. Et ergo hactenus inter seruitutes vrbanas & rusticas differentia constituenda erit, vt hæ etiam olim vsucapi potuerint, non autem illæ *arg 4 § vlt de vsucap.* Quæ si recta oppositio est, dicendum potest rusticas olim vere, & eo modo, quo libertas *in d. § vlt.* vsucapi dicitur, vsucaptas fuisse Quod tamen verum

non est *l.14.h.t.* & ipsi Treut. contrarium, quæ tantum quasi vsucapionem admittit & omnino differentia hac in re inter seruitutes rusticas & vrbanas constituenda non est, sed ita scilicet ius fuit, vt omnes etiam vrbanæ longa quasi possessione acquirerentur: & quod *in d.l.4.§.vlt.* de sublata vrbanarum seruitutum vsucapione dicitur (quo loco deceptus fuit Tr.) ad vsucapionem propriè dictam, anni vel biennij pertinere intelligendum est, cui alias propter continuam in hoc seruitutum genere possessionem locus esse videbatur, *arg.l.14.h.t.* Cæterum Cuiacio quem pro diss. allegat iniuriam facere aut non rectè eum accepisse videtur: quippe quod ille de vsucapione veteri loquitur, longa autem quasi possessione sicut prædia prouincialia, acquiri posse, disertè concedit: quam sane acquisitionem quasi vsucapionem dici posse, nunquam negauerit Cuiacius: quomodo etiam Duarenus 1. disput. 34. longo vsu seruitutes capi affirmat: & Donell. 11 *comment.* 11. acquisitionē istam vsucapionem esse negat, posse tamen nos hoc verbo hactenus vti ait, quod ita constituta seruitute vtilis actio competat: quæ ipsa cum Cuiacij sit sententia, male hi autores, vt diss. allegantur: & id ipsum est quod Gouean. ait 1. variar. 15. seruitutes longo tempore capi posse, vsu capi non posse: quod frustra & male carpit. Hotto 8. *obseru.* 10. Sed obijcitur huic sententiæ *l.10. §.3 de vsucap.* vbi dicitur seruitutes longo tempore capi non posse, vix enim hoc ad vsucapionem referri possis & distinctio iuris, *r.* tempore capere, & longo quasi vsucapere, cauillatoria videtur: & illud Cuiac. *in l.4 de vsuc.* vt pro verbo, *vsucapi longo tempore capi*, substitutum dicamus a Tribon & diuinatorium & improbabile est, cum & iure veteri seruitutes longo tempore acquiri, & post constitutionem Iustin. vsucapi potuerint. Probabilius ita locus ille explicare potest, vt vel longum tempus ibi significet tempus veteri vsucapione præscriptum, vel potius significet non acquiri hoc modo ipso iure, cum nec vlla hic sit possessio, sed tantum ita vt tuitione prætoris & accommodata actione vtili ius acquisitum defendatur. Possit etiam existimari, si initium vsus illius fiat contra non dominum, non præiudicaturum domino postea fundum euincente, quod scilic. per seruitutis constitutionem, ius quoddam reale prædio imprimatur: & cum patientia eius contra quem præscribitur seruitus, opus sit, patientia vel scientia v.c. bonæ fidei possessoris, domino vero non videtur posse præiudicare. Non obstat his *l.3.§. ductus, d. aqua quotid. ex qua* Hottom 8. *obseru.* 10. *& Wesemb. in paratit. hic num.* 5. immemoriale tempus requirunt: vel quia ibi speciale est in aqua vsui publico destinata vt notat Coras *in l.14. h.t. num.* 21. *arg.l.1.§ permittitur, d. aqua quotid. l. quominus d. flumen.* vel quia quod ibi tanti temporis mentio fit, inde semper eo tempore opus esse, non consequitur: & tanti temporis spatium proculdubio tribuit ius efficacius, & directam quoque actionem: quæ etiam responsio est ad *l.1.§.vltim.§. aqua plu. arcend.* vbi vetustas requiritur: de quo etiam bene Iohan. Super *in l.14.h.t. in prin. n.* 8. Non obstat denique *d.l.14.h.t.* in qua de acquisitione quæ fit mero iure & propriè dicta tractatur. Videtur plane ex illo loco communis Dd. distinctio, à Tr. hic reiecta, inter seruitutes continuas & discontinuas confirmari, quas tantum immemoriali tempore præscribi putant Myns 4. *obser.* 15. Castr. *in l.10 si seruit. vind.* Cyn *in l.1. C de seruit. n* 6. *& in l.2. C. eod. tit. n* 6 *post* Gloss. *ibid plenius in l.14. C. eod.* Verum quia textus iuris nostri generaliter & indistinctè longa quasi possessione seruitutes acquiri docent, *l.10. si seruit. vlt. inf. C. de præscr. long. temp.* malim rationem ICti *in d.l.14.* quod nemo continentèr ire agere possit, ita accipere, vt Paul. ad sententiam quæ vsucapionem propriò sumptam breuis spatij non admittebat, confirmandā, ea vsus esse intelligatur: siquidem ea ratio cessans in seruitutibus vrbanis effecit, vt ad inhibendam vsucapionem propriè dictam. Lege Scribonia fuerit opus: cæterum in præscriptione & acquisitione per longum tempus, eiusmodi continuatione, siue continua quasi possessione opus non fuisse sufficiente, continua causa de qua *in l foramen d. seru. rust.* vt proinde non probandi videantur, quod *d.l.14.* non de possessione, sed exercitio eius accipiunt: etenim ipsa possessio rerum incorporalium est in vsu: & ea responsione admissa non concluderet ratio ICti, siquidem continua possessio adstrui posset: Sed & ita æque opus fuisset lege aliqua quæ inhibuerit vsucapionem seruitutum rusticarum, si eadem vtrimque hic fuisset ratio: quamuis alias non absurde quis dixerit, eum qui actibus aliquot quasi possessionē seruitutis adeptus est, eam animo retinere, cū ius & facultatē eam in actū & vsū deducēdi sēper habeat. Hodie plane post transformatā à Iust. vsucapionem, rectè defendi videtur, vsucapione propriè dicta Iust. seruituti acquiri, *arg.l.vlt, C. de præsc. lōg. tēp. & in l. in*

C.d.usucap.transform. quod male videtur negare Tr. dum simpliciter tãtum quasi vsucapioni locum facit. Vide de vsucapione seruitutum prolixe Longoval. *in repet l.3.d.iurisdict.p.4.c.1.*

THESIS IX.

LIT. B.

In vsucapione seruitutum siue acquisitione per longum tempus. de necessitate requirit titulum. Cui sententiæ diserte obstat *l si quis 10 si seruit vendic & l.1.§.1. de aqua pluv* quod videlicet non sit necessum docere de iure, quo quis seruitutem nactus sit, sed sufficiat vsum esse nõ clam nec vi nec precario. Et alias si titulo opus esset nunquam possit præscribi seruitus vt initium fiat contra dominũ, sed tamen contra bonæ fidei possessorem, siquidem qui titulum à domino habet: præscriptione non eget: & tamẽ absurdum fuerit negare, si quis sciente domino seruitute fuerit vsus, præscriptioni non esse locum, cum alias etiam in incorporalib. patientia pro traditione sit. Et oportet à Duaren. 1 disp. 34. vbi negat in iã citatis textibus de titulo agi, valde negligenter loca illa inspecta esse, siquidem ibi satis expresse tituli habetur mentio. Et est hæc quæ titulum non requirit cõmunis Dd. sententia Gl *in l.2.d.seru Cyn ibid.nu.5 Cast.in l. 10 si serv.vind.* licet non probẽ rationem: qua ibi vtitur Cyn. quod seruitutes sint modici præiudicii: neque eam quam ibid ex Petr. refert. quod ipsa prædia seruitutẽ acquirere videantur. Nimirum vera ratio est, quam ipse postea *n.3 Cyn.* innuit post Gloss. ibid. quod opus sit scientia vel patientia eius contra quem præscribendum est, siue ea vera sit, siue præsumpta. vbi videlicet vicinus vicinum nec precario nec clam nec violenter seruitute vtentem, non prohibuit, quod vtique factum illud esse, vtpote vicinus, nõ nisi crasse & supine potuit ignorare Et recte Fotcat. *in l.14.h.t nu.16.* in seruitutibus patientiam aduersarii, pro titulo, bona fide & traditione esse affirmat: qua in re manifesta differentia est inter res corporales & istas incorporales: quoniã vt dictum est fieri non potest, quin aduersarius per tot annos per fundum ipsius me iuisse sciat: ex qua præsumptione incipit formari seruitus, & porro ex decursu temporis confirmari: siquidem sufficere videtur, vt cum initio cæptæ præscriptionis scientia vel patientia domini cõcurrat: eoque pertinere videtur distinctio Petri relata à Cyn *in l 2.C.h t n 7.* inter seruitutem formatam & formandam. Neque obstat. *l.vlt. C d. long.temp.præsc.* vel quia quod ibi de titulo dicitur, ad res corporales pertinet, à quib. hac in re corporales differre iam ostensum est, neque necessum est vt omnia præcedentia versiculo vltimo applicentur, cum alias quod expresse maturũ non est stare præsumatur, vel potius quoniã ibi nõ in specie tituli, sed boni initii mentio fit, quale initium etiam præscriptio seruitutum habet, si quis non vi non clam nec precario, concurrente scientia domini, iure aliquo ceperit vti. Et in vtroque igitur contra Tr statuendum est, non requiri titulum, & opus esse patientia vel scientia domini, quæ vicem tituli subeat ex *l 2.* vbi hoc notat Accurs *C.h t in n.3 d.l.10 si seru. vind* quoniam vsus seruitutis nõ violentus nec clandestinus domini scientiam vel patientiam arguit. Neq; obstant verba à Tr. *lit C post Longovall in repet l.3.d iurisd.p 4.c.3.* adducta *ex l. vlt. C.d præscr. long temp. nulla scientia vel ignorantia expectanda*, vel quia possunt referri ad seruitutẽ iam formatã, vel potius ad eas res in quibus acquirendis titulo opus est, cuius defectũ patiẽtiã domini supplere oportet. Et quoniã igitur vsus iste patientia loco tituli est, crediderim, etiamsi præscriptio cepta sit cõtra bonæ fidei possessorẽ recte seruitutẽ acquiri ita vt etiã vero domino præiudicet. cõtra quã putat Coras. *in d.l 14.h t. n.31* Etenim & nihil imputari præscribenti nec vitiũ præscriptionis allegari potest, & bonæ fidei possessor sicut præscribendo fundũ ipsum, ita etiam patiendo aliũ ire per fundum domino præiudicare poterit, perinde, vt poterit expresse cõstituendo seruitutẽ, vt decursu temporis ea à vicino acquiri possit: quod ipse Coras. *cit. loc.* admittere videtur, atqui iam diximus, tãtum operari patientiam illam, quantum titulum, & qui potest præiudicare titulum concedendo, etiam poterit patiendo & proculdubio *d. l. 10. si serv vind* male ad casum, quod seruitus contra verum dominum præscribi cœpta est, restringitur: vide etiam Ant. Fabr. 19 *coniect.*10.

THESIS X.

LIT. A.

Qui aquam per plurium.] Proponitur sententia *l.23.§ vlt.d seru.rust.* quod ex aqua sibi concessa alteri citra pactum vel stipulationem haustus concedi non possit. Peccat autem in allegatis, tũ quia distinctio Hottom. 8. *obs 10* ad quæstionem lit.c. pertinet: & Gothofred. plane diu, an aqua fundũ ingressa sit nec ne, distinctio Bart. *est in d l.33.* male adeo improbari à Treu. & apud Donel. denique nulla eiusmodi distinctio, sed *d. l. 33.* simplex explicatio. Sententia autem

d.§.vlt.

d.l.vlt.l.33. hæc est, quod pacto & stipulatione effici possit, licet nulum prædium, &c. In quo primo errat Ant Fab.5.*conject*.11. putans pacto in continenti adiecto, etiã mero iure hoc defendi: siquidẽ pactũ illud efficere non potest, vt ad prædium ipsum sibi seruire, aut seruitus seruitutis constitui possit. Quæ duplex ICti ratio recte ab Accursio & Castr. *in d. l. 33.* ita accepta est, vt prior ad casum, quo aqua domino prædij per quod aqua ducitur, altera ad casum, quo tertio vicino conceditur, referatur. In quo secundus error est Ant Fab. qui etiam casu posteriori futurum ait, vt prædium ipsum sibi seruiret: manifesto errore, quod positis duobus diuersis prædijs, vt ipsum sibi seruiat, fieri non potest. Tertius & grauior Ant. Fab error est, quod deleta voce *fructus*, omnino vult substitui seruitus: quod rectissime Tr ait necessum non esse: siquidem quod & Gloss. & Paul. Castr. aduertit fructu seruitutis constituto, seruitus constituta intelligitur, quod docet *l.1. princ. de vsufr. legat* etenim fructum seruitutis esse hoc significat, alteri alicui in seruitute concedi vsum. In quo quarto labitur Anton. Fabr qui vsum & fructum seruitutis respectu ipsius, cui ea debetur, omnino vitiose considerat, cum dubium non sit hoc intuitu vsum seruitutis esse, cum etiam nulla seruitus, nisi quæ vtilis sit, constitui queat.

LIT. B.

Nisi quæ prædij vtilis est.] Obijcitur *l.19 h.t in qua Hottom* non vtraque verba, vt Tr. ait, expungit, sed pro, *debere*, legit deberi. Ad eam autem l. triplex responsio est, 1 sufficere quod seruitus natura sua talis sit, quæ vtilitatem prædio afferri queat, licet huic prædio nunquam fortassis vtilis sit, quæ videtur sententia Gouean 1. *variar.15.* & fortassis etiam Coras. *ad rubr. h.t.* aliter tamen accepta a Costal. *in l 15. h.t.* 2. intelligere ICtum, *in d.l.19.* seruitutem quæ iam quidẽ vtilis nõ sit, sed postea sit futura, quę explicatio est Accursij 3. agi ibi de seruitute promittenda, quæ vbi vtilis futura sit actu imponatur, sicut & constitui potest, vt aqua quæratur, & inuenta ducatur: quæ sententia est Hottoman 8. *obseruat.* 11. qui tamen hanc cum priori explicatione confundit, & tanquam vnam eandemque proponit.

THESIS XI.

LIT. B.

Vnica hac th. tractatur quæstio, de nunciatione noui operis: & Tr. quidẽ huic indistincte propter omnes seruitutes locũ facit ex *l. vn. §. 3. d. remiss.* & alijs quibus probatur ob ius prædij nuntiari posse nouum opus: facit *l 9. d. nou. oper. nunt.* vbi à iure vindicandi seruitutes fit illatio ad ius nuntiandi: quæ etiam opinio est Forc. *dial.* 112. *Bronch cen 1 assert. 59* Communiter distinguunt inter seruitutes vrbanas & rusticas ex *l 14. d nou. oper. nunt* quam sententiam videntur sequi Duar. *2. disp. 17* Donell. 15. *comm. 45.* Zas 1. *sing. respon.* 9. qui omnes in reddenda diuersitatis ratione laborant. Alij hanc afferunt, quod in rusticis facilius per locum æque commodum seruitus constitui possit: alij quod vrbanam seruitutem habenti celeri remedio sit succurrẽdum ne postea demolitione structuræ vrbs deformetur. Sunt porro qui inter seruitutes continuas & discontinuas distinguunt: Alciat. *3 parer. 24.* alij inter seruitutes quæ in non faciendo & patiendo consistunt Hottom. 2. *amicab. resp.* 17. Propius à vero abesse mihi videtur sententia Cuiac. *1. obs. 17.* Reuar. 2. *var* 2. à qua non multum abit Vant. 1. *quæst 53.* quod illarum demũ seruitutum nomine nouum opus nuntiare liceat contra quas directo fit per ædificationem, & quarum concessione, & constitutione implicatur interdictio ædificandi: Nimirum, vt hoc paulo explicatius dicamus. duobus modis inhibetur nouum opus, directo per nuntiationem, & in consequentiam per seruitutis vindicationem: adeoque quod cõtra quasdam seruitutes directo, quasdam in consequentiam tendat ædificatio, pro diuersitate vel nuntiatione vel seruitutis vindicatione est vtendum. Neque obstat *l.1 de remission.* quoniam ea propositione verificatur, si pro quibusdam seruitutibus competat nuntiatio neque necessum est eandem simpliciter dominij & seruitutibus esse rationem: qua responsione cæteri quoque textus expediũtur, quibus propter ius prædij nuntiatio conceditur. Non obstat *l. 9. d nou. oper. nunt. & d. l. vn. §. 4. d. remiss* quoniam à iure vindicandi seruitutem ad ius nuntiandi recta consequutio est respectu personæ, vt quicunque ius vindicandi habet, etiam nunciare possit: sed nimirum ponendi sunt termini habiles, & talis seruitus, pro qua nuntiari possit nouum opus: etenim hoc minime sequitur, vt quamcunque seruitutem vindicare licet, eius nomine etiam nouum opus nuntiare permissum sit. Ex his verius esse puto citra distinctionem intra vicinum dominum prædij & extraneum. qua videtur vti Acc. *in l. 14. d. nou. oper. nunt* pro conditione seruitutum iam memorata distincte nouum opus nuntiari posse, aut non posse, licet eam Acc. distin-

stinctionem male probet An. Fab. 19. *conject.* 5. na & ratio ante allegata generalis est, & difficile est, vt *l.* 14. *d. nou. op. nunt.* ad eum casum quo dominus ipse in via ædificat, restringatur.

THESIS XII.

Quod proponitur lit. A. loci corpus in quo debetur seruitus, iure dominij ad eum cui debetur non pertinere, vix etiam rationē dubitandi habet, quod alias ipsum sibi seruiret prædium: cæterum dominum seruitutis dici siue iuris cuius etiam vindicationis habet, concesserim non inuitus, licet vix ita iure nostro appelletur: de quo, an rerum incorporalium sit dominium, agitur infra *p.* 2 *disp.* 20. *th.* 1. LIT. B.

Nulla pignori dari potest.] Quæstionis huius sedes propria est *part.* 2. *disp.* 1. strictim hic eam attingemus. Occurrit initio distinctio inter seruitutes constitutas & constituendas, præter alias tradita a Bart. *in l.* 10 *&* 11. *de pign.* siue vt eodem sensu ibid. loquitur Bald. inter seruitutes formales & causales: vt hæ pignorari dicantur, cum dominus prædij seruientis eas ab initio pignoris causa constituit: illæ vero, cum iam formaliter existentes à domino prædij dominantis pignoris causa obligantur. Priori modo pignorationi locum esse omnes admittunt, eaq; in re rusticas ab vrbanis differre communis opinio est, de qua etiam Iason. *in* §. *item Seruiana. Inst. d. action. n.* 117. vel qua pignoratio vrbanarum præberet ruinis causā; quæ ratio est Gl. & vulgo Dd. vel potius (quoniā hæc ratio minime generalis est, & precario quoq; seruitutē constitui posse constat, vnde hæc ratio à Ias. *d. loc.* improbatur) quod cum ad naturam cuiusque pignoris pertineat vendi & distrahi posse vrbanarum seruitutum ea qualitas & conditio est, vt non nisi ei, cui ab initio constitutæ sunt, vtiles esse queant. Sed tamen videamus, annon etiam seruitutes formales, & iam constitutæ pignori obligari possint, quorum eadem scil. natura est, vt tertio quoque vtiles esse possint: quod cum præcipue admittant rusticæ, inde factum est, vt hic quoq; inter rusticas & vrbanas seruitutes quidam distinxerint. Probatur hæc sententia ex *l.* 11. §. 3. *d. pignor* vbi ICtus respondet de iuribus prædiorū, quomodo seruitutes constituendæ non recte appellantur, & argumentum non leue præbet, quod seruitutes vrbanæ hac in re vsufructui opponuntur: & tamen *in* §. 2. vsumfr. formalem iam constitutum pignorari posse ibi responsum est: & optime confirmatur hæc sententia *ex l.* 8. §. 3. *d. precar.* quæ scil. manifesto probat, quod etiam seruitutis iam constitutæ vsus alteri concedi possit: adeoque ad argumenta contraria confutanda plurimum facit. Sed obijcitur 1. quod accidens non possit migrare de subiecto in subiectum. Resp. axiomata eiusmodi non recte ad iuris prudentiam transferri: sed & seruiturum principale & propriū subiectum est fundus seruiens. qui pignorata seruitute idem manet, mutato dominante. Quin non tam ipsa seruitus, quam ius ea vtendi, in quo possessio rerum incorporalium est, pignori datum intelligitur, quod pecunia soluta redit ad debitorem, quæ etiam vsusfr. pignorati ratio est. Et tamen hoc incommodum etiam locum habet, si pignoris causa constitutam seruitutem proponas, vbi non soluta pecunia de seruitute vendenda tractatur. Accedit quod illa pignoratio non summo iure, sed magis ex æquitate propter vtilitatem contrahentium sustinetur *l.* 12. *d. pign.* 2. obijcitur, quod ita futurum sit vt inferatur iniqua conditio domino fundi seruientis alio in locum eius cui seruitus debebatur substituto. Resp. seruitutem nō cohærere personæ sed sequi fundum, quem alienandi, & ita simul efficiendi vt alius seruitute vtatur, cum quiuis habeat facultatem, neq; absurdum videri debet, si pignorando alium substituere possit: & habet omnis seruitus limites suos, quos excedere nulli successorū licet. Et si, vt paulo ante dictum, ob moram debitoris ius vendi debeat iuxta *l.* 12. *de pign.* idem incommodum occurrit, si seruitus pignoris causa ab initio fuerit constituta. 3. obijcitur quod non liceat vti seruitute nisi ad cōmoditatem fundi dominātis, vt proinde creditori huiusq; fundo prodesse nō posse videatur, quæ ratio mouetur à Bart. & Sal. *in l.* 11. *&* 12. *de pign.* Resp. Quod subrogatum sapiat naturam eius, in cuius locum subrogatur & quod interim fundus creditoris in locum alteri' fundi ita succedat, vt creditor ad fundi sui vtilitatem seruitute pignorata vtatur: cui accedit, quod prædictam pignorationem hanc seruitutis non summo iure sed vtilitatis causa defendi, esseque hunc extraordinarium quendam seruitutis vsum: cum præsertim seruitutes tanquam res incorporales in intellectu magis consistant, propriequé nec tradi nec possideri videantur: vt proinde quod hic vtilitatis causa receptum est iuxta *d. l.* 12. *d. pign.* non sit trahendum ad consequentias, præsertim vbi eadem non militat ratio: vnde expediri potest, quod scriptum est *in l.* 44. *locati*, seruitutem locare neminem posse: quoniā nulla vtilitas vel necessitas hoc suadet,

& omnis locatio semper & expressè fit ad tempus: licet textus ille alias de constituenda seruitute loquatur: & fortassis defendi possit, conuentionem eiusmodi vt constituta mercede per alterius fundum aliquo tempore eat, licet non iure seruitutis, tamen defendi posse. 4. denique obijcitur *l. 33. §. vlt. d. serui. vrb.* vbi & negatur seruitutem constitutam ad aliud transferri posse, & ratio subijcitur, quod non possit esse fructus seruitutis, cum tamen ex vulgata regula iuris, fructus sit pignori dari licere. Responderi potest casum ibi propositū hoc habere speciale, quod de fructu seruitutis, penes eum cui constituta est manentis, alteri constituendo, ibi tractatur: & vt maxime quis vrgeat, sæpius iam diximus, pignorationem istam non mero iure, sed propter vtilitatem contrahentiū defendi: ex quo etiam responderi potest ad *l. ex meo 24. seru. rust.* Cæterum, vt hoc quoque addamus prauo iudicio Tr. hic sequitur *Dua. 2. disp.* quo capite autor ille multa peccat: Ait initio quæri de seruitutum pignore vel hypotheca. Imo vero de pignore tantum quæritur, si creditor interim seruitute vtatur, hypothecæ hic locus non est: ideo ; nulla eius ratio cōtra pignorationem seruitutum, quod hypotheca auocari non possit: sicut & altera, quod seruitus à prædio transferri non possit, iam ante refutata est. Illud vero subineptum, quod ex *l. 11. §. vlt. d. pign.* facile colligi posse ait, traditum de vrbanis seruitutibus, in omnib. obtinere: quia imo id minime colligi potest, cum ICtus diserte de vrbanis loquatur. Eiusdem farinæ est, quod inde quæri ait *in l. 12.* an quæuis seruitutes pignoris causa constitui possint: quippe cum ICtus diserte tantum de rusticis loquatur. & omnino improbabile est, *vt l. 11. §. vlt. de pign.* accipiatur de seruitutibus constitutis, sed *l. 12.* de constituendis. Enim vero ipsa textuum coniunctio ostendit, non diuersas quæstiones, sed de diuersis seruitutibus eādē quæstionem proponi, cum etiam tantum non ijsdem verbis ICtus vtatur, & quod negatur *in l. 11. § vlt* de vrbanis, conuenire posse vt pignori sint, totidē verbis affirmatur de rusticis *in l. seq.* pignoris valere cōuentionem, vt plane absurdū sit fingere non tantum diuersas quæstiones sed etiam vtramq; facere generalem, cum ICti nominatim de speciebus tractent. Neq; quod diuersi autores sunt, diuersas inde quæstiones esse sequitur & vt diuersas faciamus, neq; vlla ratio suadet, & cōiunctioni illi liquido repugnat. Deniq; licet *d. l. 12.* accipias de seruitutibus pignoris causa constituendis, falsum tamen est, quod Duar. eandem quoad hoc omnium seruitutū rationem esse contēdit: quia diuersitas, iam supra ostensa est, quod seruitutes vrbanæ non nisi vni, & cui ab initio constitutæ sunt, vtilitatē afferre possunt, de quo etiā Cuiac. 15 *obs. 5.* ex quo corruit ratio eiusdem Duar. desumpta à precario, quoniam hoc ad nutum concedentis reuocatur.

THESIS XIII.

LIT. A.

Ad exemplum] Traditur hoc *in l. 2. § 1 si seru. vind.* vbi Castr. & alij notant pro seruitutibus personalibus tanquam dignioribus primo has actiones esse introductas: quæ tamen an mens sit ICti ambigo, qui forte significare voluit seruitutum hac in re comparationē: & pro omnib. seruitutibus semel has actiones proditas esse probabile est.

Quadam actio proprie.] Non puto recte improprie confessoriam vel negatoriam dici, quæ re ipsa tales sunt, non formula verborum: quia imo prout aut seruitus vindicatur, aut negatur, & ita libertas asseritur, ita actio proprie vel confessoria vel negatoria est appellanda, insuper habita conceptione verborum. LIT. B.

Qua dupliciter.] Duas differētias proponit vindicationis rerum corporalium, & seruitutum: quod hæc sit duplex, illa simplex: quod hæc detur possidēti, illa vero ei qui non possidet. Prior videtur esse inanis, quod duplicitas ista nihil faciat ad variandam actionis naturam, & alias respectu obiecti, etiam vindicationis rerū corporalium species dari possent. Posterior autem proprie loquendo vera non videtur: quia cum in seruitutibus vsus pro possessione sit, & in his actionib. non de fundo, sed iure seruitutis agatur, & qui v. c. ius eundi vel alteri per fundum suum esse negat, eo ipso vsum & consequenter quasi possessionem neget & turbet, sequitur inde eum qui ius illud sibi competere ait, vere possessorem iuris non esse: vt proinde Iust. *in §. aeque, Inst. d. act. in fi.* vbi hanc differentiam quodammodo abstruit pinguiori Minerua locus videatur. Cæterum differentia petenda videtur à modo condemnationis, de quo Tr. th. 5. vel potius à formula, quod hic alij ius cōpetere negatur, cuiusmodi petendi modus in rebus corporalibus locum non habet, vt bene Rober. 1 *recep. lег. 18.* vide alias differentias apud Ant. Fab. 20. *coniect. 2.*

Vide hæc explicantem Vulteium] Quæritur hic de lectione & sententia § *aeque in fin. Inst. de actio.*

Et

Et Tr. quidem tum lectionem vulgatam tuetur, tum in explicatione illius loci quisnam vnicus ille sit casus. Vult. sequitur, & cum eo totidem locis casum illum reperiri tradit, quot locis, & c. Verum explicatio hæc vitiosa videtur: quoniã Vult. non tantum plures casus, sed etiam ex diuersis plane materijs adducit quæ sane non vnitas est, quam §. ille proponit, sed casuum multiplicitas, vt recte Ant. Fab 20 *cõiect.* 13. neq, videri potest Iust de eiusmodi vnitate generica sensisse, & hac ratione nihil non dici posset vnum. Neq hoc satis intelligo quod Tr. ex Vult. scribit tot locis illũ casum reperiri, quot onus probandi incumbit reo possessori, qui non vltro ad iudicium prouocarit, sed conuentus est. Etenim incongruum videtur ponere casum rei siue possessoris vltro ad iudicium prouocantis: & cum Iust. aliquod singulare de vnico illo casu proponere videatur, singularitas potius in specie possessoris prouocantis ad iudicium, quam ordinario modo conuenti quærẽda fuerit. Enim vero si *in d.* §. *aque* recta est oppositio, & vera exceptio. Iustin. non de reo excipiente & probante, sed de actore proprie dicto accipiẽdus erit: neq; verba Iust *actoris p artes obtinet*, captanda, sed actorem verum significare videntur. Cæterum quod ad ipsam lectionem *d.* §. *aque in fi.* emendandũ aliquid potius, quam nugas agendas existimo: vel hac vnica ratione, quod qui vnũ casum excipit, inepte ad diffusos pandectarum libros remittit, neque euitare possit Tribonianus, quin crucem hic fixisse dicatur ingenijs, vnius casus indefinite mentionem faciendo. Et recte Ant. Fab 20. *coniect.* 13 *in fi.* Et vero, inquit, quis vnquam sibi persuadeat, tam male feriatum fuisse Tribonianum, vt si de vno tantum casu sensisset nos pro eo inquirendo, ad omnes Digestorum libros reuoluendos relegasset, quem æque paucis verbis si non aperte declarare, saltem velut digito indicare potuisset, qua ratione fere etiã vtitur Baro, & Donel *in* §. *aque*, verisimile infelicem appellat laborem, quo casus ille tamdiu quæsitus nec inuentus est. Est autem duplex emendandi ratio 1. Baronis, vt legatur, *sane in hoc casu*, vt videlicet ad illud ipsũ ꝙ antea de actione cõfessoria & negatoria prodidit, referatur, ꝙ sequitur Cuiac *in d.* §. *aque & ibid.* Hottom Gou. *variar lect.* 41. licet illud incommodi sit, quod ea otiosa sit futura præcedentium repetitio, 2. vt adiecta negatione legatur *sane non vno casu*: quæ lectio est *Ferreti*; quem sequuntur Donel. & Wesemb. *in d.* §. *aque & Duar. ad titul. Digest. d.* *probat. c.* 13. Ant Fabr. 20. *coniect.* 13. quia multis casibus fit vt possessor actoris vices obtineat veluti in mixtis iudicijs, in præiudicijs, in interdicto vt possideretis: nec forte sine causa Iustin. dixit, *actoris partes obtinere*, vt scilicet non vere actorem esse intelligeremus, & ideo non magni momenti est obiectio Roberti, quod istis casibus non neget possessorem esse alterius: quia necesse non est, oppositionem siue comparationem potius in omnibus militare: & tentari possit hæc ita proponi quasi per occupationem vt occurreretur obiectioni contra illud quod dixerit in corporalibus non agere possessorem: ꝙ nimium cum etiam reus excipiendo agere dicatur, & casibus supra allegatis ipse possessor agere videatur, consequenter illud quod dixerat actionibus seruitutum proprium non videri: cui obiectioni ita occurrit Iust. vt illud aut singulare & irregulare esse, aut non tam possessorem actorem esse, quam potius actoris partes obtinere respondeat. Cæterũ varias opiniones de vno illo casu vide apud autores à Tr. hic & à Gothofred. *ad* §. *aque Inst. de action. allegat.* & Ant. Fab. 20. *coniect.* 13 vbi eas strictim refellit.

THESIS XIV.

LIT. A.

Vtilem bonæ fidei emptor] Videlicet qua talis, si pro tali se profiteatur: cæteroquin in dubio directa actione vtetur, vel arg. eius quod tradit Tr. lit. B. si actor in possessiõe fundi sit, dominiũ eum probare non teneri. Licet enim, actiones istæ non dentur nisi domino fundi *l.* 2. §. *si seruit. vind.* attamen quia dominium incidenter venit, illud præcisè probandum non esse, sed præsumi pro possessore tradit Glo *in l sicut* §. *sed si quæratur, si seru vind* quam refert & sequitur Bart. *ibid. nu.* 4 & Paul. Castr. *in d. l.* 2, §. 1. *eod.* Plane qui fundum nõ possidet frustra vindicabit seruitutem, nisi fundum quoque ipsum sit vindicaturus *arg. l.* 17. *d except.*

THESIS XV.

LIT. A.

Vt res præstetur & cautio.] Coniunctim hæc requirit Tr. & ideo *in l.* 6. *si seru. vind.* vbi dicitur præstari rem aut cautionem, disiuncta pro coniunctis accipienda. Atqui hoc falsum est & frequentius alterutrum præstari ipsa natura seruitutum euincit: veluti si quis debeat seruitutem quæ consistit in patiendo, ire agere per fundũ, cautio tantum præstabitur de non turbando, cum hic nulla res sit quæ præstetur. Quod si sit in tigni immissione, proiectione, oneris

impositione rem præstare sufficiet. Et vtriq; generaliter affirmandum non erat, quod uno aut altero casu obtinet: vt si quis contra seruitutem impositam altius ædes sustulerit, potest damnari, si ita iudici sedeat, vt non tantum deponat ædificium, sed etiam caueat se imposterum contra seruitutem non ædificaturum.

Quos tamen in satisdationib.] Aliena hic immiscetur quæstio, an satisdationes præcise requirant fideiussores, de qua actū, supra disp. 5. th. 2.

LIT. B.

Succurritur ex L. 18] Sc. non speciale sed commune hoc remedium vt in latitantis, & secum agendi copiam non facientis, bona immissio fiat. *t.t. Quib. ex caus. in poss. eat.*

THESIS XVI.

LIT. A.

Ait si quis partis tantum dominus fiat, retineri seruitutem pro parte, perinde ac cum plurib. fundis iter debentibus medium acquiro. Quæ comparatio recta non videtur, quoniā hoc casu prædia duo, primum & vltimū reuera distincta manent, in quib. seruitus retineretur. Atqui illo casu, cum socij nō pro diuiso sed indiuiso possideant, non potest dominus cōmunis videri iure seruitutis itinere vti. Adeoq; quod hic etiā pro parte seruitus retineri dicitur, ex subtili iure esse videtur, quo non nisi toto acquisito prædio seruitus confunditur: & eo effectu, vt si partem acquisitam alieno vero, integram maneat seruitus, vide Ioh. super *in l. 8. §. 1. h. t. & eundem omnino in l. 2. eod.*

LIT. C.

Num vero interitu rei.] Negat Treut. interitu rei seruitutes reales amitti. Equidem huic quæstioni minus commode locus esse videtur, quia subiectum seruitutum ipsum fere solum vix interire potest, cæterum positis terminis interitus rei contra Tr. potius affirmabo, quod non possit saluum manere accidens, corrupto subiecto: facit *l. 24. quib. mod. vsufr. amit* vbi quod de vsufructu dicitur, in actu & itinere etiam custodiendum traditur: veluti si flumen ex agro alueum fecerit, extinctam dixerim seruitutem *arg. d. ll. 24* Neque obstat *l. 13 d seru. rust.* quia cum seruitus ibi inhæreat solo non superficiei, hac sublata, modo illud saluum maneat, non extinguitur: quod & responderi possit *ad l. 20 §. 2. de seru. urb.* etenim licet quodam sensu seruitutes illæ quæ ædificijs debentur, superficiei inhærere dicātur, quodam tamen etiam respectu solo inhærere dici possunt, quatenus non ab ædibus in indiuiduo, & his vel illis, sed quæcunque tandem a.. ex impositæ fuerint, deberi intelliguntur: quamuis etiam in specie *d. l. 20. §. 1.* magis ex æquitate quā stricto iure seruitus retineri videatur, & tanto magis retineri, quod ib. ædificium ei fini, vt aliud reponeretur fuerit sublatum. Et aliquid facere quidam existimant, quod seruitutes reales vtrumque quasi prædium afficiant, & ita licet seruiente sublata per dominans quasi retineri videantur. Quod autem *d. l. 14 quemad. seru. amit.* attinet, apparet ibi magis de amissione seruitutū per nō vsum quæri, neque ibi agi de vero interitu fundi, sed de falsē de inundatione aut eluuione aquæ quæ agri faciem occupādo vsum eius interim ademit, non autem rem extinxit.

Nec dubitari debet] Affirmat dominum fundi seruientis posse ex pascuis agrum facere, si dominus fundi dominantis tantū certo anni tempore ius pascēdi habeat. Verum amplius hic forsasis distinguendum fuerit, inter conditionem siue qualitatem fundi, in quo ius pascendi est: quod si fundus producat herbas & gramina, quæ pecora depascant, nullo modo agei ex eo heri possit; quod ita præiudicium fiat seruituti, quoniam eo facto, nullo anni tempore pabulum exinde pecora habere possint.

THESIS XVII.

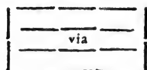
LIT. E.

Bonam fidem in libertate præscribenda.] Bonam fidem in præscriptionem libertatis requirit. Apparet autem ex Cæpoll alleg Bart. & Castr. *in l. hac autem iura d seru vrb* Bald. *d præscrips p 3 part. quarta princ. quæst. 3* distingui hic à Dd. inter seruitutes vrbanas & rusticas, vt in illis bona fide opus sit, non autem in his: quod scil. illic opus sit aliquo facto cui adiuncta bona fides esse debet: hic autem citra vllum factum eius qui seruitutem debet, propter solum non vsum alterius, libertatem prædio contingere: vt ita præscriptione libertatis proprie loquendo tantum in vrbanis non etiam in rusticis locus esse videtur *per l. 4. §. 27. d vsucap.* quod quasi nouū & subtile tradit Coras. *in l 14 d. seru n. 43.* & id tamen cuiuis non plane obtuso occurreret. & à Dd. ante citatis non obscure docetur: eadem q. sententia videtur esse Tr. dum negat etiam hodie libertatem rusticarum seruitutum vsucapi debere. Cæterum Coras. hoc tentat. quod nec in præscriptione libertatis aduersus vrbanas seruitutes, opus sit bona fide, quod libertas sit fauorabilis, *arg. l. 4 §. vlt de vsuca.*] Quæ quidem ratio non admodum mouet, quoniam hæ seruitutes non vsque adeo odiosæ sunt, & fauorabilitas illa

illa non potest inducere exceptionem cōtra regulā, quæ in præscription bu. bonam fidē requirit: attamen ex alio fundamento non improbabilis videri possit illa Coraſ. opinio: quod cum præscriptiones hæ contra vicinum incipiatur, semper scientia aut patientia vicini, quæ loco bonæ fidei fit, concurrere videatur. Neque obstat huic sententiæ *l.1. C. d. seruit.* nō quod ibi agatur de præscribenda seruitute, vt male respōdet Coraſ. quam potius quoniam non sequitur: non oportet esse factum vi, nec clam nec precario: ergo oportet adesse bonam fidem, quoniam potest quis v. c. altius sublatas habere ædes, vt sciat se debere seruitutem altius non tollēdi, vt tamē nec vi nec clam nec precario ædificaverit. Omnino, quia vt iam dictum, cum in seruitute & libertate præscribenda scientia & patientia vicini qui propter vicinitatem ignorantiā prætendere non potest, totum facere videatur, consequenter nec titulo nec bona fide, cuius loco scientia est, fuerit opus: Jllud ad extremum hic notandum, quod licet communis legistarum opinio inter seruitutes vrbanas & rusticas distinguat, ita in his quoad præscriptionem libertatis nulla bona fide aduersarii opus esse existiment, per notata Cæpol. *d. seruit 20. num. 4.* Bart. Castr &c. *in l. hac autem iura d. serv. vrb.* siquidem sufficiat, adversarium seruitute non esse vsum: attamen communem canonistarum opinionem in contrarium obtinuisse, videri, secundum quam etiam hoc casu bona fides in præscribente desideratur, vt videre est ex traditis à Marr. Laudens. *in repet. l. seruitutes 14 hoc tit. nu. 23.* & Balb. *dict. præscript p. 3 part. quart princip. quæst. 3 per totum & nu. vlt.*

THESIS XVIII.

Proponitur hic quæstio, quæ pertinet ad explicationem *l. 6 § 1 quemadm seru amit.* vbi Tr. refert diuersas opiniones neotericorum Hottoman. & Donell. Sed debebat potius easdem retulisse ex Accursio, apud quem *ind l 6.* vtraque ista sententia his verbis tradita est. Si per certum locum debebatur via & diuisio fundi facta est: aut hæc diuisio facta est per longitudinem viæ, aut per latitudinem. Per longitudinem fit, quando totius longitudinis viæ vnusquisque sociorum partem habet à principio viæ vsque ad finem; per latitudinem quando vnus solus solidam viam habet vsque ad certum terminum æqualiter, vel inæqualiter positum: & alter ab eo termino vsque ad finem: sic fit diuisio per longitudinem: vt supra per latitudinem ita; quæ est ipsissima Hottom. sententia. Sequitur statim ibidem: alii vero dicunt contrarium, scil. fieri per longitudinem, quando ipsa longitudo diuiditur, & per latitudinem, quando diuiditur latitudo: quæ est sententia Donell. Hoc ipsum Schemate expressit Hott.





In priori schemate per latitudinē viæ, in posteriori per longitudinem fundum diuisum existimat Hotto. Donel. contra in priori per longitudinē, in posteriori per latitudinem viæ fundum diuisum esse statuit. Vtrius sententia potior sit, meo iudicio ex ipsa Celsi disput. non difficulter animaduerti potest. Ait Cels. *ind l. §. 1. vers. sed si is* si certus ac finitus viæ locus est: tunc si per lōgitudinem eius fundus diuisus est, eadē omnia seruanda erunt, quæ si initio constituendæ eius seruitutis similiter hæc duo fundi fuissent. Si vero per latitudinem viæ fundus diuisus est (nec multum refert æqualiter id factum est, an inæqualiter) tunc manet idem ius seruitutis, quod fundo indiuiso, fuerat nec aut vsu retineri, aut nō vtendo deperire, nisi tota via poterit. Et ergo diuiso fundo per latitudinē viæ pro parte via nō amittitur, sed aut tota retinetur, aut tota perit: diuiso autem fundo per longitudinem viæ, pro parte nō vtendo seruitutem amitti posse docet, perinde ac si diuisis regionibus & in diuersis fūdis ab initio seruitus constituta fuisset. Iam si cōferantur superiora schemata, ratio manifesta ostendit, in posteriori, eum qui parte viæ vtitur, tota intelligi videri, quod contra est in priori. & consequenter iuxta disputat. & decisionē Cels. in poster. schemate dicendus est fundus diuisus per latitudinem, in priori per longitudinem. & ita verior erit posterior ab Accurs. relata & à Donell. probata opinio: vt scilicet per lōgitudinem viæ dicatur fundus diuisus, quando ipsa lōgitudo diuisa est, vt in diuersis partibus fundi sit via tota latitudine, sed non longitudine: atqui per latitudinem viæ intelligatur diuisus fundus, vbi latitudo viæ diuiditur, ita vt in singulis fun-

dis sit via totâ longitudine, sed non latitudine. Neque aliud Cuiac quem male tanquam idem cum Hottoman sentientem allegat. Treut. statuit. 14. *observ.* o. his verbis diuisio per latitudinem viæ duas semitas facit, est enim semita semis via, & hoc casu satis vsurpat seruiturē is cuius fundo via debetur, si vel vna semita vtatur: sed diuisio per longitudinem viæ duas vias facit non duas semitas: & hoc casu non vsurpat viam vtramque, qui altera tantum vtitur, quia duæ viæ esse intelliguntur. Quæ verissima sententia est, & facit contra Hott. quod secundum ipsius interpretationem in posteriori schemate non fundus per longitudinem viæ sed ipsa via per longitudinem diuisa est, atquin non de hoc sed de illo disputat Cels. *in d. l. 6. §. 1. quemadm. ser. amit.* Sed hæc fortassis tanti non sunt: vide tamen etiam Ant. Fabr. 19. *coniect.* 14.

DISPVTATIO XVIII.

DE LEGE AQVILIA.

THESIS I.

LIT. A.



Rationem continuationis hāc reddit, quod actiones noxales multum habeant affinitatis cum actionibus realibus. Atquin de his actum est libr. 6. & si tractatum de seruitutibus ad actiones reales referas etiā & rectius tractatus de dominio hic proponi, vel vice Versa de actionibus noxalibus sub materia dominii agi potuisset: & hac ratione nulla tam inepta fuerit materiarum connexio, cuius non aliq. a eiusmodi ratio reddi posset. Quin actio L. Aquiliæ mere personalis & omnino actiones noxales, vtpote ex delicto descendentes, maiorem cum personalibus actionibus affinitatem habere videtur: neque dubium est, quin rectius in Institutionibus tractatio L. Aquiliæ cum priuatis delictis coniungatur. Porro rationem rationis, cur actiones noxales maiorē cum realib. affinitatem habeant, duplicē reddit Tr. quod vtraque dominis dentur, itemque aduersus dominos. Ex quibus prior bona nō videtur, tum quod multæ actiones personales dominis dantur, & ex conatura actionis realis æstimatur, quod competit iure dominii, & ex dominio quasi descendit, cum hæ actiones vtique sint ex delicto, & actio noxalis non singularem actionis speciem, sed variatū actionum denotet adiectionem: vtique cum Tr. hac ipsa lit. has actiones personales esse dicat, rationis erat, vt sub personalib. actionibus & obligationū materia hæc potius proponerentur. In altera ratione. hoc vtiq; vitiosum est, quod citra fallaciam homonymiæ de iisdem actionibus dici ne q. it quod domino & contra dominum dentur: & sane reales actiones proprie dictas contra dominum dari falsum est. & est ea potius personaliū actionum nota, vt cōtra dominum dentur. Neque aliter saluari potest Tr. quam si cū hoc velle dicamus, actiones noxales in hoc realibus similes esse, quod non dentur aduersus eundē, sicut personales *l. 5. in fin princip. de action.* sed aduersus quemcunque possessorem rei quæ noxam commisit, adeo vt nec in heredem, si rem illam non habeat, porrigantur *l. 1. in fin. si quadrup. pauper.* Cuius rei ratio non est in obscuro, quod quasi corpus ipsum, quod damnum dedit obligatum videtur: quod quia ciuiliter conueniri nequit, actio aduersus eum qui illud in potestate habet, vel ad dedendum, vel damni dati æstimationem præstandam concedenda fuit.

LIT. B.

Definit hic damnum omne id quod alter per alterum sentire potest. In qua definitione hoc primo occurrit quod cum iuxta subiectam a Tr. distinctionem, etiam bestiæ damnum facere dicantur, his tamen verba ista definitionis non videntur commode applicari posse: 1 neque vero dominus bestiæ recte dicitur inferre damnum. 2. quod damnum appellat etiam id, quod quis sentire potest: siqui dē quod futurum est, damnum recte non dicitur. Neque obstat *l. 5. §. 6. de his qui effud.* quia aliud est damnum datum & acceptum esse, aliud damnum metui: & ad futurum quoque damnum, quod nondum damnum est, præcauendum, prætor actionem introduxit.

Damni appellatione etiam impensa.] Nimirum ratione effectus, siquidem in actionem L. Aquiliæ, etiam impensæ veniunt: quo pertinet *l. 3. & 28. de damn. infect.* quoniam etiam hoc ad diminutionem patrimonii spectat.

Ita & futurum continetur.] Verbo *damni* generaliter sumpto, extra dubiū hoc est: cæteroquin secus fuerit in hac materia, quoniam verius est contra furem actioni L. Aquil. non esse locum, quod hic neque occisum quicquam est, neque fractum neque corruptum.

Adeoque statutum] Contraria sententia Bald. quod statutum loquens de damno, vt stetur æstimationi eius, qui damnum passus est, non sit intelli-

intelligendum de furto. duplici ratione citato loco ab ipso Bald. confirmatur, quod *in l. 5 §. 1. nauta caup stab.* furtum & damnum opponatur, & statuta non sint extendenda Facit quod ratio statuti hæc esse videtur, quod damnum quale reuera sit, commode æstimari posse non videatur, qua de causa res violenter ablatæ, de quibus non constat, ab ipso cui ereptæ sunt. æstimātur. Et siquidem statuto iuxta ius ciuile pœna dupli vel quadrupli irrogetur, iniquum videatur, ad arbitrium & æstimationem actoris dupli vel quadrupli inire rationem. Plane cum consuetudine & lege capitaliter in fures animaduertatur, nec absurdum videri possit, odio furum ita statutum quod ciuiliter fures coercet, interpretari, vt sub damno etiam furtum contineatur, si modo res illa furto subtracta perierit, vel alias non restituatur LIT. D.

In specie pauperies.]Forte, qui alium facit pauperiorem, iniuria enim damnum dare dici non possunt, quia sensu carent, vt ait Iustin. *in §. Institut quadrup pauper.* id est, prohæresi & proposito delinquēdi, & se deliquisse, & aut damnum dedisse ignorant: cæterum quatenus iuris naturalis perita dicuntur. *Institut de iur. natur. in princip.* etiam iniuriam fecisse dici possunt: quoniam sicut sese defendēdo iure agere dicuntur, etiam vltro aggrediendo, iniuriam recte facere dicuntur: qua de re actum, supra disputat. 1. thes 4.

Rei autem in animata.] Extra dubium est, quod nulla eiusmodi rei possit dici culpa: *& in l. 5. §. 7. commod.* culpæ verbum abusive pro vitio rei sumitur.

THESIS II.

LIT. B.

Non tamen ex d. §. colligitur.]Nimis subtilis videtur hic esse distinctio inter propulsationem iniuriæ & defensionem: nisi forte capiat verbū *iniuria*: cæteroquin & defensio ab iniuria siue contra iniuriam dicitur: & hoc sensu plus iuris in defensione quam propulsatione esse videtur. Et fortassis eo respicit Ti. quod supra disputat. 1 thes 4. lit C. defensionem à natura monstratam dicit & bestiis quoque facit communem. Sed animaduertere debebat, quod vt iam dictum admissa ex sententia, bestiæ etiam recte iniuriam facere, & propulsare dicantur.

LIT. C.

Contra naturam sui generis.]Id est per lasciuā, feritatem vel pauorem, velut hoc explicatur *in prin Inst h.* Et vt hoc obiter addamus, verbis illis explicatur ita regula, quæ proponitur *d. 1 Instit.* §. 1 quæ hanc actionem in ijs quæ contra naturam mouentur locum habere docet, eoque verbis illis regulam explicantibus recte in fin. de pr. subijciuntur exempla de boue cornupeta, & equo calcitroso, quod etiam Theophilus sequutus est: vt proinde nulla de causa fuerit propter quam Hottom. transponeret textum, & reprehenderet Tribon. quod exempla regulæ præmiserit.

Vt si gramina depascat.]Apparet hic ita distingui à Tr. vt si pecus impulsum in aliena pascatur, actio sit de pastu pecoris ex L. XII. tabb. sin non impulsum, sed motu proprio, actio sit in factum, non de pastu pecoris: quod posterius etiā video probari à Cyn *in l. vlt C. ad L Aquil* Verū non animaduerto, quominus etiam hoc casu actioni de pastu locus esse possit siquidem etiam hic & magis, quam vbi factum hominis præcessit, secundum naturam suam de pascendo quadrupes agit: & cum hic nullum præcesserit hominis factum, tanto minus actioni in factū locus videri possit. Rationis est, vt ita distinguamus, quod aut depascitur quadrupes mea glandes siue fruges in alieno, aut in meo. Illo casu aut depascit fruges vltro, & est actio de pastu, aut immissa ab alio, & est actio inutilis L Aquil. *l. vlt. C. ad L. Aquil* cum qua fortassis concurrere possit actio de pastu *arg. l. 14. § vlt. de præscript. verb.* quē concursum admittunt Accurs. & Cyn. *in d l vlt. C. ad L. Aquil.* Hoc casu vbi vid. fruges alienæ in agrum meum deciderent, tantum superest actio in factum, quod hic semper factum meum interuenisse præsumatur: probatur *d. l. 14 § vlt. & ab* Accurs *in d l. vlt. C. ad L. Aquil.*

Et iure Saxonico.]Male hic tanquam iuris Saxo. proprium proponit, quod nemini pecus suū in alieno pascere licet: neque enim dubium est, quin idem obtineat iure ciuili: & si de iure seruituris constitutæ agatur, proculdubio etiam iure Saxo. contrarium obtinuerit: & ex ijs quæ citato loc. tradit Fachs. differentiam istam iuris ciuilis & Saxon. commentitiam & nullius momenti esse apparet.

Nec vero quadrupedum]Recte se habet, quod hactenus saltem pecudis inclusionem admittit, vt de domino constare possit: quod & tradit Bald *in l 2. C. de seru. fugit nu. 1 in fin.* vt videlicet contra dominum proprijs actionibus, de quibus *l 39. ad L. Aquil* experiri queat. Verum Bartol & Zasio, iniuriam facit: ex quibus hic *in cit. l 9 § 1. de damn inf n 8.* diserte ex d. l. 39. notat, quod iure ciuili pecudem includere non liceat: sed consuetu-

suetudine contrarium induci possit tradit; quã equidem consuetudinem, vt satisdatio de damno dato iuteri ponatur, irrationabilẽ esse, nemo dixerit. Idem ex iure ciuili docet Bart *in l. 8. de incend.* addita differẽtiæ ratione inter res inanimas, & animatas. quod hic aliis actionibus domino sit consultum, & adhuc ratione alia *in d.l. 9.§ 1. de damn. inf.* quod maius hic sit periculum, ne quadrupes pereat quoniã alias etiam actionem habentibus t. equeatur per retentionẽ succurritur. Potest & alia ratio addi, a fructibus, quibus dominus quadrupedis fraudari interim non debet. Quæ porro prolixe de inclusione & retentione pecoris ex iure Saxon. à Tr. proponuntur, nihil moror: illud autem plus quã perspicuum est, diuersissimam esse pignorationem, quæ v.c. fit interrumpendæ præscriptionis gratia: nec proinde necessum erat, id in specie in extremo huius lit. C. admonere.

LIT. E.

Qui dominus quadrupedis erat.] Imo qui iã est, quod ostendit ipsa citat. *l. 1. §. 12. h.t* & certissima ratio iuris, quod noxa sequitur caput, & noxalis actio contra possessorem rei, quæ noxam fecit instituenda est.

LIT. G.

Ait in th. quod quibusdã casibus fiat condemnatio in solidam damni æstimationem, & in allegatis exemplum proponit, si alternatiue condemnationem ex re iudicata conueniatur. Vbi initio male confundit condemnationẽ ex causa actionis L. Aquil cum condemnatione ex causa actionis iudicati: & cũ in th. de illa loquatur, ꝙ sc. actione L. Aquiliæ conuentus aliquando in solidũ condemnetur, vitiosè exemplũ de actione iudicati affertur, cum condemnationem in principali actione in solidum factã non esse præsupponat. Deinde quod tanquam speciale proponit Tr. vt quis alternatiue condemnetur, magis est vt regulare sit, per ipsos textus à Tr. citatos, quibus probatur, ex natura actionis alternatiuam sequi condemnationem: siquidem cõditionem formulæ & actionis, sequitur conditio condemnationis. Ex quo videri possit, etiam iudicati conventum noxæ deditione præstationem solidi euitare posse, quod iuxta modum condemnationis actio iudicati videtur instituẽda. Verumtamen è contrario propter morã & quasi contumaciam rei, non immerito victori electio dãda, & qui ex causa iudicati litem secum contestati passus est in solidum condemnandus erit *per l. itè veniunt 20. §. 5. de petit. hæred.*

Tandem notandum] Notat quod hæc actio sit transitoria in successorem, non iure successionis, sed dominij. Non recte: quoniam cũ actionem transitoriam dicimus, in hæredem, qua heres, transire intelligimus: cæteroquin contra constantem & perpetuum iuris vsum, imo iuris rationem, actiones in rem, quibus hæres possessor tenetur, transitoriæ recte dicerentur. Vtique transitoriæ sunt, quæ ab vno in alium, & ita a defuncto in successorem descendunt, & quibus non ex propria sed defuncti persona quis conuenitur: atquin actiones noxales possessorem persequuntur, licet ex delicto descendant: quoniam vt notatum ad th. 1. lit A. non sunt ex delicto rei conuenti, sed verbi causa serui possessi, qui cum actione ciuili ad sarciendũ damnum conueniri nequeat, vertitur actio in dominum possessorem, vt ipse, nisi seruo cedere, eumque noxæ dedere malit, damni dati præstet æstimationem.

THESIS III.

LIT. B.

Quasi extra custodiam.] Cum lit. A. bestiam diuidat in feram & cicurem, nimis generaliter affirmatur hæc lit. B. quod si bestia extra custodiam domini constituta dederit damnum, nulla competat actio: siquidem hoc vtique verum non est in bestia cicure, veluti cane, sed tantum obtinet in bestia fera, quæ custodiam domini euasit, & in naturalem libertatem se recepit: vt adeo qui tempore damni dati dominus amplius non est, his actionibus nequeat teneri.

THESIS IV.

LIT. B.

Iure lex dicitur.] Quod ait, post L. Hortensiam inter plebiscita, & leges tantum constituendi speciem interesse *ex l. 2. §. 8 de O. I.* ita intelligo, quod sint diuersæ species Iuris cæteroquin forma & modus constituendi non videtur diuersus, quod rogationem præcedentem sequebatur iussio: neque aliud interest, quam quod legem iubet vniuersus populus plebiscitum, plebs sola exclusis patriciis: vel quod legem rogat magistratus patricius, plebiscitum plebeius. Cæterũ post tempora d. l. Hortensiæ, non amplius leges plebiscitis sunt opponendæ, quod ex eo hæc vere & perfecte sunt leges, neque legis nomen amplius tanquam proprium sanctionibus senatorio magistratu rogante latis, tribui potest cessante ratione, quod initio hę demum sanctiones omnes ciues tenerent, quod essentiale legi est: & Iustin *in §. 4. Instit. de iur. natur.* dum hæc duo opponit,

opponit, originariam eorum naturam considerauit. & ille ibid. legib. constitutiones principũ opponit, quæ tamen statu Democratico in Monarchicum mutato vere, quin & solæ leges erãt: de qua actum supra disput. 1. Modest. *in l pen d. ll*, Textus illius quod SCta & constitutiones principum, explicatio, argutior videtur quã verior. siquidem prætextus tantum est: quod dicitur *in l. 2. de origin. iur.* ex necessitate quadam: curam Reipubl. translatam fuisse in principes: qui imo armis Rempubl. oppresserant. & eiusdem farinæ est, veritatique repugnat historicæ, quod traditur *in d. l. & § 5. Instit. de iur. natur.* propter numerum populi Romani iuris cõdendi autoritatem ad senatum translatam fuisse, de quo itidẽ actum est supra *disput. 1. thes. 5.* vtriq; si voluntate populi & in senatum & in principem ius cõdendi legis translatum est, etiam hoc ius ex cõsensu esse recte dicemus. porro cum a Iustin. *in tit. de iur. natur.* inter partes iuris etiam referantur responsa prudentum, hæc quoq; sub diuisione ista comprehendenda erant & possunt illa non incommode, sub ius, quod à necessitate constitutum dicitur, referri. *argum d. l. 2. §. 5. de orig. iur.* ibi, *necessarium esse disputationem fori.* Possit quis existimare alio respexisse Modestinum *in d. l. pen* quod sc. ius quoddam à legislatore in vniuersum & in futurum constituitur, quoddam autem vt constituatur, casus emergentes extorquent, cuiusmodi ius non absurde à necessitate dici potest constitutum.

† *Quod ex Græcis haustum.*] Distinctionem illam iuris vt ex Græcis haustam dicamus, nulla suadet ratio. Equidem iuxta explicationem posteriorem distinctio illa omnibus rebus publicis communis est: secundum explicationem autem Tr. eam à Græcis sumptum esse, magis adhuc à vero abhorret: cum apud Græcos siue Spartanos siue Athenienses nulla talis fuerit Reipubl. forma, & quod de necessitate, quæ fuerit causa SCtorũ & cõstitutionum, dicitur, in Rebuspub. illis, nullum inuenit locum: neque different à illa legis & plebiscit. reip. Atheniensi accommodari potest nisi longe alio sensu, quod apud Athenienses plebiscitis ψηφισμα dicta decreta temporaria & ferè sententias iudiciales designabant: neque apud eos quæ apud Romanos, senatus potestas fuit, qui nudum ius consultandi, populus autem omnem statuẽdi habuit potestatẽ: vnde illud Anacharsis, apud Athẽienses deliberare & consultare prudentes, sed statuere & eligere stultos. Et Spartani quidem regem habuerunt, sed cuius tempore pacis paulo maior quam priuati fuit autoritas vt testatur Xenophon in rep. Spartan. in fin. Valde autem ieiuna est coniectura Cuiacii *14. observ 16. in fi.* ex loco Menandri distinctionem illam sumptam putantis: nam & idem Modestino quod Menandro in mentem venire potuit: neque ibi Menand. de causis constituti iuris sed principiis actionum agere videatur, quod sint tria. lex, necessitas & mos: ita enim explico ibi ἔθος pro consuetudine quæ ius sit, sed pro assuetudine & more.

LIT. C.

Hic tradita confirmatur per ea quæ notat Ant. Augustinus *d. ll. pro Roman.* sub L. Aquilia, vbi ait non constare, quo tempore ista lex lata fuerit: & ea quæ Aquilio Gallo tribuuntur, de dolo stipulatione singulari, instituendo posthumo, non inter LL. sed formulas ICtorum referendas esse.

LIT. D.

Hac lit. tradita, omnia descripta sunt ex Brissonio *libr. 2. de formul. pop. Rom.* Et senatores quidem sententias rogabantur, sed alia rogãdi forma erat ad populum, *velitis, iubeatis, Quirites:* qua formula consules in senatu vsos nõ esse constat. Illa quoque quæ de differentiis verborum, sciscere & iubere autoritatis & potestatis proponũtur à Brissonio, à speciali vsurpatione, non à proprietate verborum descendunt.

LIT. E.

Non in monte Aventino.] Vere inepta est illa Azonis in summa Codicis h. tit. in princ. coniectura, quod plebs in secessione in montẽ Aventinum hanc tulerit L. quippe quod hæc L. nihil contineat, quod in specie plebis vtilitatem concernat. Et deceptus fuit Azo. *l. 2. §. deinde cum esset. 8. de orig. iur* vbi sane ita habent verba, atque sic omnia plebiscita tempore secessionis facta fuissent. & inde L. Hortensia confirmata: quod tamen proculdubio falsum est.

LIT. F.

Ait in th. quoduis facta hac actione coerceatur. Minus recte quoniam vim proprie dictam L. Aquilia non coercet, & per ignorantiam commissa, quæ huic L. subiicit, Tr. violentia carere videntur. Et hoc ipsum tamen cum mica salis accipiendum est, & oppositive ad propositum & προαίρεσιν, quæ vt huic actionis locus sit necessaria non est: eodemque modo explicandum, quod thes. seq. lit. C. reperitur, eventum tantum spectari: vt videlicet Intelligatur præcessisse aliqua vel leuissima culpa.

THESIS V.

LIT. B.

Hostem captum iure naturæ]Dura & fortassis falsa hæc propositio est, quod hostem captum iure naturæ liceat interficere. Equidem ius naturæ proprie sumptum ignorat iura bellorum, quæ non naturæ, neque rationi simplici, sed magis corruptæ, & ex hypothesi humanæ malitiæ sūt adscribenda. Quin iure gent. quoque bella non nisi titulo defensionis aut iustæ vindictæ excusantur, eorumque scopus victoria, non extrema hostium pernicies, esse debet: omnino in non defendentem nec defendere se valentem vis omnis iniusta & mera sæuitia est, neque occisio hostium, nisi qua hostium, id est, in ardore pugnæ, aut aliquando in exemplum iure gent. defenditur.

Verum postea]Ait Antonini constitutione factum, vt non plus liceat in seruum proprium quā alienum: ita vt hoc opponat ei quod statim dixerat, debitorem serui, si eum iuste occidat liberari. Atquin autores legum, quibus illa sententia de liberatione debitoris proponitur, Vlpian. & Marcell. *in l. 53. §. 3. de legat. 1. & in l. 91. de verb. obl.* post Antonin. vixerunt. Et omnino verius est quod Anton. ius vitæ & necis, non totum & plane sustulerit, sed limitauerit & coercuerit, de quo actum est supra disp. 2.

LIT. C.

Contra quam in actione legis Corneliæ.]Caute accipiendum est, quod in L. Corn. non euentum sed damnum spectari, ait: vt 1. intelligatur animus non simplex, sed declaratus facto & proxime deductus in actum. 2. vt sciamus ex generali consuetudine etiam isto casu si mors sequuta non sit, non ordinariæ, sed extraordinariæ pœnæ locum esse.

Huc pertinet controuersia.]Proponitur quæstio, si nauis fune rupto, aut cum à nullo regeretur, damnum dederit, an in dominum sit actio L. Aquiliæ; quod ab Accurs. & vulgo Dd. negari cum simpliciter a t, ipsis iniuriam facit: quoniam id illi non simpliciter negant, sed negant cū ICto in casu *l. 29. §. 2. h. t.* quoniam illi nunquam hoc sibi arrogarunt, vt textus emendarent vel corrumperent. Quod si autem proponas, culpam aliquam domini præcessisse, illi procul dubio affirmabunt: cæteroquin etiam culpa domini abesse potest, si violentia venti nauis abripiatur, funesque etiam noui & validi satis rumpantur. Eoque contra Ant. Fab. retineri potest vulgata negatiua lectio *in d. l. 29. §. 2.* Videntur quidem ibi nautæ ita opponi domino, vt priori casu illi, hoc dominus teneatur: attamen iidem qui nautæ aliquando & domini esse possunt & potest aliquando & nautarum & domini culpa abesse. Et vtrumque affirmatiua lectio commodiorem habeat sensum, hoc tamen ad emendandos textus satis non est si ex vulgata lectione commodus quoque aliquis elici potest.

THESIS VI.

LIT. B.

Recte hic ait, tutius esse vt tempus adiiciatur: quoniam æstimatio damni retro initur ab eo tempore quo datum est. Cæterum subiecta distinctio inter actiones famosas & non famosas, quam proponit Iason (qui à Bart. male allegatur, & ad tit. de action. non scripsit) *in l. ex mal. lesicus Inst. de action. n. 56* non sat rationis habere videtur, cum tantum in criminalibus expressio temporis requiratur, *l. 3. de accusat. & l. 7. in pr. de iniur.* nō ad designationem temporis, sed criminis ipsius pertinet. Quod si actionis famositas satis causæ esset, etiam in actione depositi mandati, tutelæ, tempus foret exprimendum.

LIT. G.

Ratio differentiæ]Hæc ratio, cur in altero capite annus, in altero tantum triginta dies retro numerentur; quod in illo magis, in hoc minus damnum versetur, non videtur adæquata & generalis. Vtiq; cum leuissima culpa hic sufficiat, nō erat, quamobrem grauius priori capite quis puniretur: sed & frangendo rem forte pretiosam, facile plus damni dare possunt, quam vilem occidendo pecudem: vt fortassis huius rei sufficiens & solida ratio nulla sit.

THESIS VII.

LIT. A.

Etiam maritum.] Ait quod maritus modum excedens in castiganda vxore Leg. Aquilia teneatur. Atquin directæ actioni locus esse nequit, cum vxor sit persona libera: vtilis autem datur propter impensas & operas cessantes, & cum adeo maritus in vxorem ægrotam impensas facere teneatur, & vxor marito operas debeat, nec huic actioni locus esse videatur: nisi forte casum singularem ponas, quo ex conuentione mulier se ipsam exhibet, suisq; sumptibus viuit: alias contra sæuitiam mariti officium iudicis fuerit implorandum. Nec quidquam pro Tr. facit Clar. *§. fin. q. 56. num. 2.* apud quem nec vllum de L. Aquilia verbum. Nec Menoch. *cas. 364.* vbi ait quod maritus modum excedens arbitraria pœna puniatur. Nec Alex. *vol. 4 cons. 115. n. 2.*

n 2 qui dicit quod marito permissum sit tantum vxorem corrigere, & ex iusta causa leniter verberare quod ratio subiectionis euincit, quæ ex iure diuino est & naturæ, quod docet Arist. *polit.* 2. & Tiraq *in l.1 connu n* 22. licet idem scribat *in l.connu* 8 *num.*17. maritum tutius facturum si iure illo quam parcissime aut potius plane non vtatur, adde Clar § *fi.q.*56.*n.*2.

Lit. B.

Hac lit. & seqq. loco alieno tractat materiam defensionis & inculpatæ tutelæ: quoniam plerisque casibus materia L. Aquil in qua de solo damno & quidem ex culpa illato agitur, in eam tractationem non incidit: & occiso homine libero non agitur ex L. Aqu sed ex L. Cornel. ad quam hæc disputatio pertinet. Vnicus fere tantum casus huc referri potest, si seruus alterius alium aggressus, occisus proponatur.

An vero ad defensionem famæ.] Quærit an ob defensionem famæ, si simul armis vis nō inferatur, homicidium omnino licitū sit. Atquin si vis inferatur armis, iā non de iniuria & fama, sed violentia & corpore defendendo quærēdum est. Et non satis bene dicitur, famæ defendendæ causa non omnino esse licitum, quod plane licitū non est, per textum *in l 7 quod met cau*s vbi metus infamiæ negatur esse iusta causa restitutionis: & ex ratione certa, quod reuera iniuriis alicuius fama non violatur, & vindicandi iniurias ratio legibus prodita est: ex quibus vera differentiæ ratio inter læsionem famæ & corporis depēdet. Ratio autem Tr. quod verbali retorsione vti liceat, minus concludit: quia hoc remediū nimis leue est, ad iniuriam sufficienter vindicandam, maxime in personis diuersæ dignitatis. Sed & haud scio an retorsio illa verbalis satis iure nostro probetur: de quo agitur infra p.2. disp 39.

Lit. C.

Siue tantum lædendo] Verissima hæc sententia est, quod in quauis defensione, etiamsi non fiat occidendo, requiratur moderamen inculpatæ tutelæ: quid enim absurdius esset, quam impune habere eum qui pugnis inuasus, gladio stricto, vel iam discedentem & ex interuallo grauissime vulneret. Neque dubito hic iniuriam fieri à Tr. Dd. quos nullo nominatim laudato pro dist. citat. quod probabile non sit, vsque adeo absurdam sententiam illis placuisse: & sane *Odofr. Cyn. Bart. Bald. Sal. in cit. l.1 C. vnde vi* nusquam hoc tradiderunt.

Lit. D.

Vt fiat in continenti] Et hic iniuriam Dd. facit, dum eos simpliciter pro dist. citat: siquidem illi omnes vno ore *& in l.3 de iust. & iur & in l.* 1. *C. vnd. vi*, defensionem personæ in ipso actu flagranti necessario fieri debere docent. Quod ad defensionem rerum attinet, eam quoque incontinenti fieri debere docet *l.* 1. § *eum igitur de vi, & vi arm* Verum necessum nō est, vt vtrobique verba, *incontinenti* præcisè eodem modo explicentur: neque absurda videtur sententia, vt hic vbi de rebus agitur, quarum non tantū simplex defensio, sed etiā eas asserendi & recuperādi ius permissum est *l.* 3 *de vi & vi armat.* in cōtinenti fieri dicatur defensio, licet inter deiectionem siue spoliationē, & recuperationē, aliquod interstitiū & interuallum intercedat. quæ videtur sententia Iason. *in l* 3. *de iust. & iur. colum.* 3 *in princip. & Bald. ibid.* dummodo non diuerterit ad actus extraneos, *vt notat. Cyn. in dict. l.* 1. *Cod. vnde vi. n.* 4. Et diuersam rerum & personæ rationem esse, argum. est, quod cum rebus raptim discedentem insequi, & res extorquere liceat; quod in defensione personæ incidit in speciem vltionis. Nolim tamen cum Accurs *in d. l.* 1. § 9. *de vi arma* quem sequitur Bartol. *in l.* 1. *Cod. vnde vi num.* 9. & Salicet *ibid nu.* 7. hic in continenti factum dicere, vbi triduum intercessit, sed totum hoc arbitrio iuris crediderim esse committendum. Castrens *autem in l.3. de iust. & iur. nihil hac de re scribit.*

Lit. E.

Non æqualitatem armorum.] Hic quoque Dd. iniuriam facit, qui requirunt æqualitatem non specificam, sed genericam, vt defensio offensioni aliqua ratione sit proportionata: & quidem posita paritate personarum v. c. æque robustarum, eoque ipsa gloss. *in l* 1. *C vnde vi*, in terminis diuersis, si fortior aggrediatur debilem, ita vt illius pugnus tantum possit quantum huius gladius, pugnis inualentem, armis repelli posse affirmat quod Bart Bald Sali *& alij ibi affirmant.* Estque hæc sententia verissima, neque dubium quin positis terminis paribus excedatur moderamen inculpatæ tutelæ, si aggredientem me pugnis vel baculo, stricto ego gladio inuadam.

Lit. F.

Ne quidem ad fugiendum] Non obscure hic existimat Tr. neminē ab alio inuasū fugere teneri. Ego vero ita statuo, eū qui fuga certo periculū euitare potest, velut si receptus sit in ædes vicinas si defendendo occidere, quam fugere malit, excusatum non haberi: cuius rei ratio vera & solida est quod famæ infamiæue causa homi-

nem occidere non licet: cum præsertim eiusmodi fuga neque pudoris macula & infamia non contrahatur. Et cessat hoc casu ratio Tr. à periculo lapsus, quia ponimus casum, quo fuga periculum euitari posse constat. Et hinc etiam vitiosa ratio est Dd. Cyn. *in l. 7. C. unde vi nu. 6. Bartol. & aliorum ibid.* quod honoris & famæ causa fugiendum non sit: quia adeo Bart. male allegatur pro dict. quippe qui fugiendum esse negat, nisi talis persona proponatur, quæ famam & honorem non curat, & proculdubio præsupponit, nullum esse a lapsu periculum.

Quid si confessus] Recte statuit Tr. eum qui hominem occidit, si exceptionem defensionis nulla ratione probare possit, supplicio afficiendum esse. Neque obstat *l. 16. C. de pœn.* quæ est de casu non confessi neque conuicti: qui autem delictum fateatur, neque exceptionem quam allegat probare potest, merito condemnabitur.

THESIS VIII.

LIT. A.

Excusatur etiam] Hoc ita cum th. præced. connectendum est, quod secundum meam excusatur, qui se defendendo damnum dedit.

Qui casum magis quam culpam.] Tautologia hic committi videtur, quod iam ante non semel docuit, hic requiri culpam.

LIT. B.

Vnde eum qui incendij.] Vitiosa hæc illatio est, quoniam qui arcendi incēdij causa ædes diruit, non peccat casu, & ideo excusatur, quia citra nocendi propositum & iusto metu, ne ignis ad se perueniret, ædes vicini diruit *l. 49. § 1. h. t.*

Illud autem quod vulgo.] Negat ædes pro salute totius viciniæ dirutas, communibus impēsis reficiendas esse & cum Bartolo probat distinctionem *l. 7. §. 4. quod vi aut clam.* an videlicet ignis ad eam domum peruenerit nec ne. Atqui ut maxime hic iure deficeremus, æquitatis tamen esset communibus sumptibus damnum restitui, ut in simili ait JCtus *in l. 2. §. 5 de aqua pluv.* & facit arg. desumptum a L. Rhodia, de iactu *ex l. 1. & l. 2. in fin. pr. l. 3. & t. t. ad L. Rhodiam.* Et licet diversitatis aliqua ratio dari possit, quod in tempestate communi consensu merces proiciuntur & nauis leuior facta propter illum iactum euasisse præsumitur, nō tamen omnia sunt dissimilia, siquidem etiā inviti merces proiici possunt, & propter ædes dirutas violentia ignis inhibita, & vicinorum ædes conseruatæ creduntur: siquidem & Gail. 2. *obseruat. 2. n. 4. & ipse* Tr. pro salute viciniæ ædes dirutas proponit, quo non facto ignis latius grassaturus fuisset. Et ergo non obstat *l. 7. § 4.* vel quia, ut iam dictū, præsumitur ignem ad alias ædes peruenturum fuisse: vel quia ibi agitur de eo qui proprij periculi auertendi causa & quidem aut clam aut vi, domino ignorante vel prohibente diruit ædes. Etenim sententia hæc euidentiorem habebit æquitatem si non a vicino, sed alio, qui ad restringuendum incendium opemq; ferendā, cum periculū esset, ne ignis latius serperet ædes dirutas fuisse, ijsque dirutis ignem stetisse proponas. Cæterum non ordinaria aliqua actione, sed implorato officio iudicis petenda erit restitutio & collatio, super qua cognoscet magistratus.

LIT. C.

Ait thes. 8. lit. C. eum in cuius ædibus incendiū ortum est, vicino ad restitutionem damni teneri, nisi culpa certæ personę incendium ortū esse probetur, eamque probationem certam esse debere: & sibi obiicit quod iuxta *l. 3. §. 1. de offic. præf. vig.* culpa habitantium incendia fieri præsumantur, & respondet id tātum intelligi de leuissima culpa, neq; procedere præsumptionem illā, nisi alia indicia negligentiæ extent. Atquin cōtra, ut à posteriori incipiamus, siquidem præsumptio est contra inhabitantes, quod admittit Treut. ea autem ex iure præsumptionis natura & vis, & probationis onus transferat in aduersarium, efficietur, probationem diligentiæ patrifamil. & habitatoribus imponendam esse, tantum abest, ut ab agente probatio certa exigi debeat, negligētia certæ personæ incendium fuisse exortum. Illud etiam plane friuolum, q; præsumptionem illam ad leuissimam culpam tantum pertinere ait; siquidem hæc actio L. Aquiliæ, de qua diserte agit Treutler. etiam ex leuissima culpa fundatur. Et tamen utcunque certæ personæ negligentia & culpa probata sit, patremfam. simpliciter ad restitutionem damni teneri, vix admiserim, neque de hoc apud citatos Accurs. & Salicet. *in l. incendium Cod. si cert. petat.* ullum verbum. Enim vero qui in culpa esse probatur, aut seruus est, & non nisi noxali actione dominus poterit conueniri aut liber, & ipse tenebitur: quod certis tantum quibusdam casibus culpam & factum familiarium, præstare habitator tenetur. Et facit contra Treutler. *l. 11. de peric. & comment. rei vend.* Et forsan distinguendum hic fuerit, an culpa habitantium simul, ut ita loquar, contingat patremfam. neque: ut illo demum casu teneatur, v. c. si non curauit, ut ignis recte haberetur & custodiretur, cum

illud

illud facere posset & deberet: quod eius officij sit inspicere etiam circumeundo, an ignis recte habeatur: quod si fecerit, absoluendus erit argum. d. l. 11. vt maxime certæ personæ culpa & negligentia, quam paterfam. præcauere non potuit, incendium exortum fuisse probetur.

Male emendata ab Hottom.] Reuera inepta est illa Hottom. *5. obseru. c.* 10 emendatio, qui pro eo, quod *in d. l.* 11. dicitur, incendium sine culpa fieri nõ posse, expuncta negatione, vult legi, *fieri posse*, duabus rationibus, tum quod vtique fortuito incendium existere possit; tum quod alias sibi cõtradiceret ICtus, qui statim subiecit, posse fieri incendium sine culpa patrisfam. Prior ratio nullius momenti est, quia intelligi debet ibi agi de incendio in ipsis ædibus ex orto, non de igne ab incendiarijs subiecto, aut cælitus immisso. Posterior inepta est, quia primo de inhabitantibus & in ædibus versantibus, deinde de patrefam agitur.

Et ead. distinctione] Non videtur probandum quod ex distinctione præmissa decidit quæstionem, an conductor domino ædium de incendio teneatur: vel quia, iuxta paulo ante dicta, non satis erit probare culpam certæ personæ, si absit omnis culpa conductoris: vel quia cum Tr. *l.* 3. *de off. præfect. vigil.* restringat ad leuissimam culpam, hanc non præstat conductor ex communiori sententia, quam sequitur ipse Tr. *infra disput.* 29. *th.* 6.

LIT. D.

Quod & aduocatos.] Vix videtur defendi posse, quod aduocatus imperitia peccans, actione L. Aquil. teneatur: quod nihil hic occisum neq; ruptum aut fractum, neque vlla ratione corpore aut in corpus damnum datum sit: ideoque ad summum non possit esse locus nisi actioni subsidiariæ in factum, de qua *in §. vlt. Inst. h. t. arg. l.* 33. *vlt. eod.* vbi pro omnibus damnis, quæ non incidunt in L. Aquil. actio in factum conceditur; de quo amplius cogitandum

Propter generalitatem.] Si præcisè hanc sequimur, vt imperitia sufficiat ad fundandam hanc actionem inferri posset, quod etiam iudex imperite iudicans hac actione teneretur: quod verum non est, quia tenetur ex quasi delicto *in pri Inst. de obl ex quasi del l. vlt. de var. cogn.* & diuersitatis ratio redditur ab Angel & Ioh. Fab *ad d. prin.* quod iudicare sit necessarium munus, & quod nemo tanquam artificium profiteatur.

LIT. E.

Et casum quem culpa præcessit] Non satis bene hic casus coniungi cum præcedenti, aut illi oppon videtur, quod in illo necessario etiam inest culpa. *leg* 132. *de reg. iur.*

Etiam ad obstetrices] Videtur hoc pertinere ad lit. D. de imperitia, & ei subijci debere, quod ad omnes artem aliquam profitentes, extendendum esse dixerat Tr.

Ita tamen vt nisi.] Subijcit limitationem, vt nisi vrgentissimæ sint præsumptiones, ex quibus dolus conuincatur, non sit locus pœnæ L. Corneliæ. Quæ limitatio omnino est vitiosa: quia cum regula sit de casu & culpa, exceptio est de dolo: & cum regula sit de L. Aquil exceptio de L. Cornelia, ad cuius pœnam infligendã culpam & imperitiam non sufficere constat.

THESIS IX.

Varios casus non male expedit Tr. ex quibus ille præcipue controuersus est, si seruum lethaliter vulneratum, alius itidem postea lethaliter vulneraret, an prior de vulnerato tantum, an etiam de occiso teneatur: qua in re contrariantur sibi *l.* 11. §. 3 *& l.* 51. *h. t. Cuiac.* 27. *obs.* 13. Iul in hac quæstione à Celso dissensisse exstimat. Accursius distinguit, an vulnus fuerit reuera lethale, an putatiue, & ita an certum fuerit seruum ex vulnere moriturum nec ne. Probabilius Cost. *in l.* 51. *h t* & Zas. 2. *intellect. sing* 6. distinguunt, an ex vulnere secũdo statim examinatus fuerit seruus, an non: vt illo casu posterior tantum, hoc vterque de occiso teneatur; facit *l.* 15 § *h. t.* vbi si seruus lethaliter vulneratus à Titio, postea ruina vel naufragio perierit, cum Titio de occiso agi posse negatur. In eo autem peccat Tr. quod quæstiones diuersas de pœna plurium ex L. Aq. & ex L Cornelia confundit: & de hoc casu tantum tractat Clar. *in § homicid. n.* 37. *& seq* & facilius est vt quis ex L. Aquilia teneatur de occiso quam ex L Cornelia, de quo agitur infra loco suo p. 2. disp. 32.

THESIS. X.

LIT. A. & seqq.

Primo hoc docet Tr. quod actio directa & vtilis, dicatur tum ex parte agentis, tum ex parte rei. Deinde notandum est, quod actio in factum dicatur æquiuoce: quod scilicet aliquando actionem prætoriam subsidiariam, *L* 1. *de præscrip. verb* aliquando etiam actionem vtilem eiusdem designat: Ex quo conciliandi l. ut textus *in d. L.* 11 *& in §. vlt. Inst h t eum l.* 4 *in pr. n. & l.* 29 *§. per. eod.* vbi in casu quo damnum non corpore, sed tamen in corpus datũ in est actio in factum conceditur: licet Acc *in d. §. vlt. Inst. h t.* concursum

actionis vtilis & actionis in factum admittat ex sententia Iohannis. Illud paulo insubtilius dicitur lit. D. quod actio subsidiaria praetoria sit ex L. Aquil. quoniam si ex L. Aquil. agi potuisset, subsidio praetoris nō fuisset opus: & ideo rectius dicitur haec actio accommodata esse L. Aquiliae cum ICto *in d.l.11.de praescr.verb.*

LIT. E.

Et quidem duplum illam] Duplum ad quod agitur contra inficiantem ex natura actionis ipsius ita venire ait, vt etiam actore non petēte in illud fieri debeat cōdemnatio Triplex quaestio esse potest 1. an necessum sit in libello euentualiter & cōditionaliter hoc petere, vt reus negās condemnetur in duplū 2. an si in libel. omissum sit, post litem contestatam nihilominus iure peti possit 3. an si neutrum factum sit, iudex ex officio nihilominus etiam non imploratus, in duplum condemnare possit. Tertiū hoc probari à Tre. & verba ipsa arguunt, & ex ijs colligitur, quos Tr pro dis. citat, qui docent, iā olim inter veteres controuersum hoc fuisse, an necessum sit cōditionaliter hoc in libello peti, nec ne: quā vtramq. opinionem proponit Bald *in l. 4 C. h t. col. 4.* vbi posteriorem non improbat. sed priorē ait esse tutiorē Sal. ibid magis probat opinionē Gulielmi de Suzaria quod exprimere in libello necesse non sit *arg l. edita C de edend.* vbi edicto perpetuo libelli emendatio permissa traditur. ex quo patet requiri à Sal vt iudicio post litem cōtestatam hoc petatur: quod proculdubio etiam sentit Sichard. *in d l. 4 n* 11. vbi statuit nisi hoc in iudicio allegatum sit, nullam eius à iudice haberi rationem Et facit pro hac sententia *l. 4 § vlt. de noxal. action.* vbi qui solidum egit & scientiam domini arguit. dicitur posse mutata scientia petere, vt seruus noxae dedatur & vice versa. Itaq; dicemus inesse hoc actioni, vt licet formulae hoc insertum non sit: iudex tamen eius rationem possit habere, modo ab actore sit petitum: eoq; falsa erit sententia Tr qui simpliciter actore nō petente in duplum reum condemnari affirmat.

LIT. F.

Origine sua poenalis.] Duplicem huius rei reddit rationem, quod inficiando crescat, & quod non tempus damni dati, sed retro inspiciatur. Prior ratio originem non respicit, sed ex accidēti est; quod & de posteriori tentari possit, quod etiām ex accidenti videatur, vt res retro sit pluris, cum etiam potuerit fuisse minoris: quamuis fatendū sit autorem huius legis, dum retro damnum aestimari voluit, in poenam rei hoc statuisse, & quanto pluris res fuisset considerasse Vtroque plane respectu actio haec mixta poenalis dicitur *in §. vi autem 19 l.d. aff iunct. § 9 l.d. L Aquil.* Quibus addi possit ratio tertia *ex §. 10. l. eod.* quamuis id rationem poenae, sed potius, rationem interesse habeat.

LIT. G.

In haeredes non datur.] Ex eo quod actio haec poenalis, & inde in heredes, non dari dicitur, infert Tr. in alleg. quod actiones ex delicto rei persecutoriae in haeredes dētur in solidum. Quae propositio admittenda nō videtur quod regula haec iuri potius conuenit: nullas actiones ex delicto descendentes in heredes in solidum porrigi. etiamsi contineant rei persecutionem. quod probatur exemplis *l. 7. §. vlt de tribut. act. l 4. vlt cum trib ll. seq. de alien. iud mut.* Neq. obstat *§. 9 l. h t in fin* vbi ideo transire negatur haec actio, quod sit poenalis, quo pertinet *l 1. §. vlt l. 2. & 3 & § 1. de vi arm in d. l. 35 de O. & A.* etenim actiones persecutoriae diuersimode dicūtur: tum quae opponūtur actionibus dupli vel tripli. vt tamen ijs dolus vindicetur & coerceatur: tum quae quod ex patrimonio nostro nobis abest, persequātur: in quibus demū vera est assertio Tr. & eo pertinet cōdictio furtiua, quae rem ablatam & simpliciter eius aestimationem persequitur, & reuera ex delicto nō est, qua de re agitur *inf. disp. 22. th. vlt* Explicata igitur homonymia verborū *poena et persecutoria*, nō difficulter ista res cōponi posse videtur.

Et libero homine occiso.] Negat actionem Aquil. heredibus si liber homo fuerit occisus, neq valere arg à contrario cum textus repugnant: quos tamen expressos video nullos, neque verosimile est Dd. vulgo, quos citant Gomes & Cou. in sententiam legibus expressis contrariam descēsuros fuisse. Distinguēdum putauerim. an qui ex vulnere mortuus est, ante aliquamdiu decubuerit, operatam iacturam & impensas fecerit, an statim exanimatus fuerit. Illo casu actionē vtilem defuncto quaesitam in heredes trāsire dixerim: hoc aut cum nullā habuerit occisus, nullā quoq; in heredes trāsmitti potuisse. Illud n. falsum puto, quod Gomes *cit. loc. n.* 38. tradit si occisus fuerit officialis, salariū tot ann. quot viuere potuisset, actione L. Aq heredes consequuturos.

LIT. H.

Verba sub hac lit. (*vt actio furti & L. Cornelia de sicar. quae se mutuo non consumunt*] Non de concursu harum actionū, quae inepta dubitatio esset, sed de concursu alterutrius, cum actione L. Aq. sunt exaudienda. Et alia regula iuris quod neq; actiones duae ciuiles, ex quibus altera poenalis,

nalis, altera rei persecutoria est, neq; actio criminalis & ciuilis sese mutuo consumant, sed vtraq; liceat experiri. Quam posteriorem partem videtur oppugnare *l. 4 de publ. iud. & l. 17 §. de iniur.* Existimo autem *d. l. 4* quod per ciuilē actionem fiat praeiudiciū actioni criminali, accipiendam siue ita, vt interim dum causa ciuilis pēdet, non debeat intentari criminalis actio, eoq; praetorem non facile debere permittere, vt prius ei ui iter agatur *arg. l. 7. §. 1 de iniur* cum etiam iuris ordinarii sit vt causa criminalis praemittatur ciuili *arg. totius tit. C de ord. iud* de quo aliquod dictum supra disp 12. th 13. siue ita vt si succumbat actor, non concedatur actio criminalis, secus autem si vincat. Caeterum *in d. l. 7.* exceptio est ad regulam *tit C. quando actio ciu. & crim. &c.* vt videlicet ciuilis actio admissa, etiāsi vicerit actor consumat criminalem, quando illud principaliter est in actione ciuili, quod etiam venit in criminali: quod euenire solet in actiōe ciuili iniuriarum, quoniam haec non ad interesse vel damnum datum, aut quod nobis abest ex patrimonio persequendum sed ad vindictam est comparata facit quod ista actio est quasi generalis, vaga & incerta, & quae etiam causis criminalibus accōmodari possit. Porro priori membro regulae propositae non obstat, quod actio quoq; L. Aq poenalis dicitur: vel quia reuera nō poenalis est, neq; in duplum vel triplum sit L. tātum aliquo respectu & casu: vel quia etiam poenales actiones plures non semper se consumunt, de qua re alibi plenius erit agendum. LIT. I.

Vel id quod in altera minus est.] Ita cōcursu actionis commodati & actionis L. Aquil, si illa prius actum sit, superest haec, in quantum minus est in illa *l 7. §. 1 comm.* cui tamen non parum obstat *l. 34. in fi. de O. & A.* Triplex est istius loci lectio: prima cum duabus negationibus, *sed verius est non remanere, quia simplo accidit. & simplo subducto locum non habet.* Quam lectionem etiam agnoscit Accursius, eaque stante ita hos textus conciliat, vt in altero de aequitate, in altero de stricto iure agatur. Et videtur omnino haec lectio negatiua, *non remanere*, esse ad mentem ICti, quam confirmat subiecta ratio, quod illud plus, cuius in L Aquil. retro habetur ratio, sit merum accessorium simpli tanquam principalis, quod vbi actor iudicio commodati consequutus sit, amplius actione L. Aqu. nequeat experiri: velut in simili fructus & vsurae, quae officio iudicis accedunt speciali actione non petūtur: & non satis hic ICtis cōuenisse, iudicio sunt verba Vlp. *in d. l 7. §. 1. quod videtur habere rationē.* Altera lectio est sub ducta vtraq; negatione, *sed verius est remanere, quia simplo subducto locū habet,* quam probat Hotto 8 *obs. 9 & illust. q 29 in fin.* Verum haec electio contortam desiderat explicationem verborū *subducto simplo*, id est delibato & computato, vt videlicet in residuum supersit actio: quam etiam explicationem plane respuit ratio ICti, *quia simplo accidit.* Tertiam lectionē habent exemplaria vulgata & Florentina: *sed verius est remanere, quia simplo subducto locum non habet*, id est, vt hoc explicat Accurs. non habet locum quoad simplum, quod ex iudicio cōmodari iam praestitū fuit. Quae explicatio & ita ipsa lectio & ratione dubitandi caret, & perspicue inepta est.

Sed cumulatio quam Dd. vocant.] Valde Tr. placuit sententia haec Obrechti quam proposuit etiam supra *disp. 11. th. 13. lit. A.* quod cumulatio actionum, à concursu toto coelo distet. Ego vero non dubito ingentem hanc esse hyperbolen & longe hic errare Tr. siquidem ex notatis *ad d. th. 13* colligere licet, postquam ipsi magistratus de causis priuatis cognoscunt, coniūctionem duarum actionum cognatarum in vno libello, nec quidem valde à ratione iuris nostri abhorrere.

Iure Sax non permittitur] Differentiam hic notat iuris ciuilis & Sax quod ex hoc in concursu actionis ciuilis & criminalis, illa intentata haec consumatur, autoritate Glo *art 43 lib 3 Landrecht n 5.* Verum fortassis glossae quae texto destituitur, ea autoritas habenda non est, vt inducat differentiam iuris ciuilis & Sax Deinde non dubito errare hic Tr. cum Fachsio, referente hoc inter differentias iuris ciuilis & Sax siquidē Gl. cit loc. hoc minime tanquam differentiā ponit, sed tanquā iuri ciuili cōsentaneum, ex ipso iure ciuili probatur, citatis *l. 6 & 7 d. in iur.* in quib. esse specialē casum, paulo ante ostensum fuit.

THESIS XI.

LIT. B.

Actionē in quinquaginta aureos quae libero homine occiso competit ait mere esse poenalē, sed cum de alio damno agitur, perpetuam & rei persecutoriam. Cui posteriori sententiae omnino contradixit, quod vt ipse tradit, vbi de alio dāno agitur actio in duplum est. & sane ea in heredē non datur *l 5 § 5 de his qui deiec.* Caeterū animaduertere debuit Tr. actionem illam in 50 aureos ideo in specie poenalem dici, qua nullū ibi simplum, nec vlla damni aestimatio consideratur, *l. 5. §. d. tit.* caeteroquin actionem in duplum poena-

pœnalem esse nunquam negauerit ICtus. Siquidem si persecutoria esset, etiam in heredem daretur contra l. 5 § h. t. vt adeo duplex sit oppositio harum actionum. 1. quod illa quæ homine occiso datur est popularis, altera in duplũ damni dati est mere priuata: & hinc 2. quod illa non competit iure hereditario nec datur heredi qua heredi, hæc autem secus d. l. 5. § 5. Accedit 3. quod illa est annalis, hæc perpetua d. § 5. in quo fatendum est aliquid speciale esse in hac actione prætori pœnali per l. 35 de obl. & act. forte propter vtilitatem & securitatem ciuium: quemadmodum etiam speciali causa actio furti manifesti prætoria perpetua est. Et illam specialitatis rationem recte reddit Accur. in d. l. 5. § 5. minus autem recta eiusdẽ prior explicatio, quod sit perpetua tantum quoad simplum, intra annum autem tantum in duplum detur: & tamen Tr. simpliciter eam perpetuã & rei persecutoriã facit.

LIT. C.

Proponit hic alterum edictum quod extat *in l. 5. § de his qui deiect. &c.* ex quo in decem solidos actio datur contra illos qui in Suggrunda circa publicum aliquid positum habent, cuius casus nocere possit; & subijcit Tr. hæc verba, *qui posuerunt inquam, non qui in illa domo habitant* cit. *l. 5 § 12 d. tit.* & ad eum explicatione Henrici Suerin. 1. *repet. lect.* 20. Verum aut ego valde fallor aut hæc verba arguunt, neque locum *in d. § 12.* neque Suerin. recte acceptum aut intellectum fuisse: quoniam ex edicto illo contra eos qui in domo habitant, non dari actionẽ vtique falsum esse videtur ex collatiõe *d. l. 5. § 6. & § 12. de his qui deiec.* vnde tale conficitur argumẽtũ: qui positum habet tenetur illo edicto atqui dominus ædium vel inhabitator positum habet, imo hi tantum positum habent *d. § 12* ergo tenentur ex hoc edicto. Cæterum controuersia est inter Cuiac. & Suerin. de lectione & sententia *d. § 12* in quo agitur, non de eo qui positum habet sed qui cum neq; dominus neque inhabitator esset, aliquid posuit, quod positum decidit & damnum dedit. Nimirum ille positum habere dicitur, qui ædes inhabitat, & vel ipse posuit, vel ab alio positum esse scit aut patiatur: in quem præcipue pars illa edicti concepta est: Si alius in sciente domino posuerit, qui positum habere non dicitur, hoc edictum cessat. Quod si tamẽ positum deciderit, cessante edicto æquitas poscit, vt damnũ passo succurratur, & ad exemplum actionis ex edicto, quæ vt est *in d. l. 12.* hic non sufficit, actio detur contra eum qui posuit, qui sc. non obligetur sicut habitator ex sola positura, ex damno tamen dato vt obligetur æquũ est. Et hoc est quod dicitur *in d. l. 12* in eum dari actionem qui posuit, videlicet ad exemplum actionis ex edicto, quæ non sufficiat: quod, vt ibi subijcitur, non omnis qui ponit positum habuisse videatur, nisi ipse habitator fuerit: eoq; præsupponendum est, hoc positum fuisse ignorante habitatore: qui si sciuisset vtiq; positum habuisse diceretur, & atqui ita actio ex edicto nõ deficeret: quoniã si ex eo tantũ tenetur quod positũ habuit, etiã & multo magis tenebitur si quod positum fuit deciderit.

THESIS XII.

LIT. C.

An contra bonæ fidei possessorem] In conciliatione textuum sequitur Cuiac. quod ita non possit dari, vt actorem faciat dominum. Quod mihi sapere nõ potest: cum de eo dubitare prorsus sit ineptum; neque sapiunt conciliationes Accurs. Dixerim, si disputetur quasi in idea & abstracto, & bonæ fidei possessor cum domino cõparetur, & ei opponatur, recte negari hanc actionem contra bonæ fidei possessorem. Cæterum interim, dum de domino non constat, cuius loco bonæ fidei possessor est, necessum est huic actioni locum esse: quod si enim de domino constet, alius bonæ fidei possessor dici nequit. Et vero *in l. 28 h. t.* non hoc disputatur, an actio interim detur contra bonæ fidei possessorem, sed si postea dominus superueniat, adeoq; illum dominum non fuisse appareat, an recte videatur intentata fuisse actio, & an subsistat noxæ deditio, an potius hæc non præiudicet domino vero, quominus seruum à possessore vindicet. Quod recte negat Affricanus, quia bonæ fidei possessor instar domini conuentus fuit, & seruus qui deliquit etiam à vero domino noxæ dedendus fuisset.

LIT. D.

Vnde recte deducitur.] Ex eo quod dixerat, interesse an domin⁹ sciat an ignoret, infert noxales actiones esse vel ciuiles directas vel prætorias. Ex quo sequetur, contra dominum scientem esse actionem ciuilem, cõtra ignorantem, prætoriam. Atqui hoc verum nõ est, sed omnino vtroque casu actio ciuilis est: quod vel ex ipsis Treu. descriptionibus hac lit. *vers. præterea*, apparet. Quin actio qua arguitur scientia domini reuera noxalis non est, quod hic ipse dominus peccasse videatur: facit *l. 2. in prin. & l. 4. § 1 h. t.* & quod actio noxalis est alternatiua.

Qui negat seruum.] Imo existimo vbi con-

conuentus

uentus negat se possidere, actor autem eum possidere contendit, actionem esse ciuilem, quæ sc. perinde ac contra scientem in pœnam mendacij in solidum dictatur *l. 21. §. 2. h. t.* quod si actor de possessione dubitans, reo facultatem iurandi concedat iuxta *d. §. 2.* nulla erit actio.

Cui seruus ante iudicium.] Falsum hoc videtur quod actio prætoria detur contra eum, cuius seruus, qui dolo alienatus fuit mortuus est ante susceptum iudicium. Etenim etiamsi seruum non alienasset, liberaretur: adeoque etiam liberabitur, si post alienationē mortuus est: quod & perspicue satis traditur *in l. 26. §. 4. h. t.* hac tantum adiecta limitatione, si reus in iudicio accipiendo fecerit moram. Et ergo superterit actio prætoria seruo adhuc viuente, iuxta *l. 24 h. t.* in qua cum Treut. post Suerin. defendi potest vulgata lectio, vt sub noxali actione verbo generalis sumpto etiam prætoria contineatur: quomodo iam olim ex Azonis sententia Accurs. priorem actionem de vtili, posteriorem de directa interpretatus est.

THESIS XIII.

Quærit actio L. Aquiliæ criminaliter intentari possit: non satis commode, quod hæc actio semper sit ciuilis, neque recte dixeris actionem furti criminaliter intentari. Sed hoc quærendū est, an sicut ex causa furti ita damni dati criminaliter agi possit. Quod affirmandum videtur contra Tr. quoniam etiam dolo damnum dari potest: eoque corruit ratio Ioann. Fabr. licet Bald. *in l. data opera Cod. de his qui accus. non poss. num. 8.* contra Cyn. etiam hoc defendat, quod contra eum qui leui culpa faciendo damnum dedit criminaliter agi posse: quod forte ex circumstantijs fuerit aliquando admittendum: siquidem non in corpus, sed pecuniaria pœna veniat infligenda. Plane improbanda est Batt. sententia qui *in l. 3. d. priuat. delict. num. 9.* etiam nomine leuissimæ culpæ criminaliter agi posse contendit. Ego malim sequi Cyn. quod ex leui culpa non possit fundari actio criminalis: quoniam hac culpa admissum in speciem criminis incidere non videtur: quod secus defendi potest in culpa lata, non obstante *l. 7. ad L. Cornel. d. sicar.* vbi de delicto publico & pœna ordinaria corporali imo capitali tractatur.

Ad

DISPUTATIO XIX.

DE MIXTIS IVDICIIS.

THESIS I.

LIT. A.

LICET *constituto iudicio.*] Ait constituto demum iudicio eum actorem intelligi, qui primus ad illud prouocauit. Atqui apparet etiam antequam iudicium constitutum est, intelligi posse quis ad iudicium prouocauerit, & adeo quis actoris loco haberi debeat. Quin imo ante constitutum iudicium, vt formula recte concipiatur, & desuper litis contestatio fiat, illud constare oportet.

LIT. B.

Dicuntur & actiones mixtæ.] Quatuor scilicet modis actiones mixtæ dicuntur. 1. quod sunt personales in rem scriptæ, quæ ex facto siue delicto aliquo oriuntur, nihilominus tamen ex iusta causa in quemcunque possessorem dantur: de quibus Gloss. *in l. 3. §. est autem, ad exhibend.* Zas. *in § omnium Instit. d. action. num 14. & sequentib.* 2. quod sint pœnales & rei persecutoriæ *§. sequens. 16. I. de actionib.* 3. quod in ijs vterque sit actor & reus *l. 17. in fin. d. O. & A.* 4. quod sint in rem & in personam *§. quædam 20. Inst. d. action.*

Non minus in rem quam in personam.] Hæc loquendi formula efficit, vt magis videri debeant in personam quam in rem, cui tamen refragatur, quod ipse statim subijcit, magis & principaliter esse in rem, sed tantum per consequentiam in personam. Et hoc tamen non simpliciter admittendum videtur, quod alias non recte dicerentur mixtæ: & vero referuntur inter personales *in §. 3. Institut. de obligat. quas. ex contract. lib. §. actionum 28. Institut. d. action. l. 1. §. 1. Cod. d. annal except. l. 1. fin. regund. l. 22. § penult. famil. erciscu.* & præstationes personales quarum respectu actiones istæ personales vocantur, non ex accidenti aut per consequentiam, neque tanquam accessiones sed principaliter veniunt: ex quo etiam est quod actiones istæ longi temporis præscriptione non excluduntur, de quo infra. Dicuntur igitur hæ actiones mixtæ, quoniam ratione præstationum personalium ex quasi contractu descendunt, & respectu communionis cuius separatio petitur, & dum quisq; partem suam pro indiuiso vindicat, iure quodā

dominii intentari videntur *dict.* §. *Institut. d. obligat quasi ex contract.* *l.* 1. *fin. regund. l.* 1. *commun. diuid* idque est quod dicitur *in l.* 22. § *penult. famil. erciscund* iudicium illud constare ex duobus, id est, rebus atque præstationibus. Ex quibus corruit eorum sententia, qui nullas actiones mixtas esse contendunt, Donell. in §. quædam 20 I. d. act. Iason. ibid. in princip. (vbi impossibile dicit vt vna actio ratione originis sit realis & personalis Anton. Fabr. 20. *coniect.* 9. qui quoniam à se demum sententiam vulgatam solide confutatam arbitratur, operæ pretium fuerit, quæ ad confutationem illius sententiæ ab illo proponuntur paulo accuratius examinare. Primum argumentum sumit à diuisione actionum in rem & in personam ex §. 2. *I. d. action.* Verum ipse Iustin diuisionis istius autor, tertiam speciem proponit: Deinde tertia illa species non introducit membrum tertium, sed de vtroque participat, & ex vtroque componitur; & alias per eandem diuisionem excludendæ essent actiones in rem scriptæ: neque illa accuratior & exacta specierum appositio in materia iuridica desideranda est.

Alterum argumentum est quod cum fieri nequeat quin alterutrum verum sit in omni actione, ut is cum quo agitur vel obligatur sit vel nō, fieri etiam nequeat, vt vlla actio sit, quæ non sit vel in rem vel in personam. Sed iam responsum est mixtas actiones non constituere tertium genus ita, quasi sint neque in rem neque in personam, sed quod sint & in rem & in personam: & hoc quidem citra nullam contradictionem, quam tollit diuersitas respectus: quod quis hic & rem suam pro parte vindicat, & simul fructuum perceptorum vel impensarum factarum partem petit & repetit. Vnde etiam corruit, quod subjicit Faber fieri non posse, vt aliquis proponendæ actionis casus sit, actorem vel intendere, aduersarium dare facere oportere, vel non intendere: & quod formulæ actionis in rē & in personam se non compatiantur *argum.* §. *sic itaque* 14. *I. d. action.* Etenim ex iam dictis apparet, quod actiones istæ duplicem & originem habeant, & intentionem. Et sicut Fab. admittit diuersis respectibus citra contradictionem eandem personam actoris & rei partibus fungi posse, ita quoque diuersis respectibus ead. actio in rem erit & personam. Et proinde temerarium, quod ille contra fidem omnium exemplarium ex *d.* §. 20. expungit verba, *tam in rem quam in personam*, quibus vel ideo opus erat, quod iam ante *in* §. 16. de alio genere mixtarum actionum egerat Iustin. Nec minus falsum est, quod eod. capite tradit actiones in rem scriptas esse inter personales, ita quidem vt etiam de petitione hæreditatis, quam certum est in rem potius esse, idem affirmare non erubescat: & illud valde suaue, quod ad probandum, actiones in rem scriptas & petitionem hæreditatis in omnibus personalium actionum iure censeri, (quod quidem manifesto falsum est) vnicum hoc affert, quod longi temporis spatio non excluduntur: sicut & eiusdem vitiosa est ibidem explicatio *l.* 7. *in pr. C d petit. hered.* Et improuida illa, à ratione iuris abhorrens probatio, ideo actiones in rem scriptas esse personales, quod in ijs agatur ad dandum vel faciendum, veluti in petitione hæreditatis ad restituendum. Quo quidem modo bonus ille Faber etiam rei vindicationem fuerit personalem: neque digna ICto illa verba *facere*, in formula actionis personalis, explicatio est, *vt* pro, *restituere*, accipiatur. Ex quo intelligi potest, quantum aberrent à ratione iuris, qui inde quod actione *fam ercis. & commu. diuid* res diuidi petatur, actiones illas personales esse probant: cum tamen hoc ipso illæ actiones in rem sint, siquidem peterent vt res diuidatur, nihil aliud est, quam rem pro parte vindicare: & ostendit §. 2. *Instit d. oblig. quasi ex contra* eo tantum respectu, qui concernit fructus & impensas, istas actiones ex quasi contractu, & ita personales esse. Ratio autem rationis, qua vtuntur quod ita petatur aliquid fieri plane insubtilis & absurda est: quod ita omnis omnino actio in personam futura esset, & vt iam dictum longe aliter verbum *facere vel fieri*, in formula actionis personalis est explicandum. Plane sententiæ huic de mixtis actionibus nihil obstat, quod semper dentur contra eundem, quæ certa videtur nota actionum in personam *argum l.* 25. *de oblig. & action.* Etenim si hoc ex accidenti quod vnus idemque semper est partis illius quam his iudicijs vindicamus possessor, nimirum socius aut cohæres: & tamen si hæres partem suam vendiderit, contra alium hæc actio mouebitur.

THESIS II.

LIT. C.

Stricti iuris.] Hanc actionem stricti iuris esse probat eo fundamento quod fructus veniant demum post litem contestatam. Quæ ratio non concludit, quoniam quod dicitur *in l.* 4. §. 2. post litem

litem contestatam venire fructus, hunc sensum habet, quod omnimodo veniant, etiamsi sint consumpti de extantibus autem etiam ante litem contestatam perceptis, nec dubitatur, quin illi sint restituendi: in strictis autem iudicijs ita ius est vt fructus ante litem contestatam percepti nullo modo præstandi sint etiamsi extent *l.* 38 §.7.*d.vsur* adeoque in eo quod proponitur *in d l.*4.§ 1. actio illa non personalis actionis, sed vindicationis sequitur naturam: in qua post litem contestatam omnes omnino fructus ante percepti non nisi extantes a bonæ fidei possessore præstantur: & iam ante ostensum est, quod diuisio actionum in bonæ fidei & stricti iuris, nō diuisio prima, sed actionum personaliū sit subdiuisio: neque citati Myns. & Zas. hac ratione vtuntur: sed ille simpliciter proponit, quod *in act tr iur* fructus veniant à tempore lit cont. hic *in §.actionum* 28 *l. d.act.in* 18.*&* 19 alia ratione actionem, *fin.reg. bonæ fid* esse negat.

Neque eius mentio fit.] Communis ista opinio est, nullas actiones bonæ fidei esse præter enumeratas *in* §. 28 *Inst. d. act.* quæ sententia ex tam operosa, & plurimarum actionum recensione, citra vllam adiectam clausulam, quasi est *in* § *in personam* 8. *& in* §. *pœnalis* 12 *& in* §. *in simplicem* 22.*l.eod.tit* confirmatur. Sed obijci solet præter *l* 2.§ 2.*in fi.d precar.* vbi actio illa ex bona fide nasci dicitur *l.66 d.eod.tit.* vbi actio funeraria ex bono & æquo or ri dicitur. Neque desunt, & ex eorum numero Hott. qui actiones omnes præsc. verb eo quod similes sint contractib. locati, & mandati bonæ fidei esse existimant: & siquidē actio ex articulo do vt des est bonæ fidei, vix est, quin etiam sint & reliquæ. Verum autem prius, qui actio ex contr do vt des eadem est cum actio ex permutatione (vt probatur *infr. disput.* quæ in specie proponitur *in d.* §. 28. forte ideo quod permutatio nominis vice fungitur Respōderi autem potest dupliciter. 1. quod *in d.* §.28. tantum contineantur actiones quæ ex conuentionib. & quidem nominatis descendunt, non aliæ extraordinariæ, & subsidiariæ quæ fortassis cum bonæ fidei actionib aliquam habent affinitatem, & condictionum ideo fortassis mentio nulla, quod illæ non sint indeterminatæ & vagæ, neque forte certam & solemnem, vt aliæ actiones, formulam habebant. 2 quod *in d.* §.28. tractetur de actionibus, quæ simpliciter & plene bonæ fidei sunt, posse autem aliquam actionem in aliquo participare naturam bonæ fidei actionum vt tamen protinus & simpliciter actio bonæ fidei non sit perhibenda: arg. est actio ex testamēto quæ stricti iuris actionib. *in l.* 5.§ *vlt. iuncta l.*6 *in lit. iur.* accensetur, licet in quibusdā actionum bonæ fidei naturam imitetur *l.*34.*d.v. sur.l.*3.*C.in quib caus integ.rest.* Accedit 3. q̄ fallacia homonymiæ committitur in verbis, *ex bono & æquo*, *& fide bona*: siquidem aliud est actionem esse ex bono & æquo, id est, æquitatem suadere vt actio nascatur, aliud actionē esse bonæ fidei. Ex quo etiam respōderi potest in terminis huius actionis fin reg. *ad* §.20 *l. d act in fin.* vbi dicitur cōdemnationem fieri ex bono & æquo quæ videtur proprietas esse actionum bonæ fidei *arg* §. 29.*d.tit.* quoniam aliud est adiudicationes fieri ex æquo & bono aliud ex æquo & bono iudicari quantum præstandum sit: & pertinet id adeo ad rationem adiudicandi, in re communi, quæ exacte diuidi nō potest: vt proinde necessum sit, aliquādo vni plus, alteri minus compensationibus in pecunia factis ex æquo & bono adiudicare, quod pluribus proponitur *in* §.*pen l.d off.iud.* Non desunt etiam, qui istam actionem fin. reg. putant esse arbitrariam *arg.l.*4 §.3.*h.tit.* Verum non est ibi iussus de restituendo sed de alia qua re secundum naturam actionis facienda, quod si non faciat reus ob contumaciam mulctatur §. 6.*l.d.offic. iudic.*

Differentiam iure Canon.] Probo hanc sententiam T reu distinctionem illam actionum bonæ fidei & stricti iuris, Iure Can. nō esse sublatam: quod circa expressos textus diuersitas iuriū statui non debet: cum præsertim ista differentia à conditione & qualitate ipsorum contractuum pendere videatur, vt in quibusdam tantum nominatim expressa veniant, & aliter atque aliter fructuum vsurarumq; præstatio habeatur & ineatur, de qua re non male agit Cor. 2.*miscellan* 8.

Pacto bonæ fidei fieri posse] Multæ & variæ contractuum & iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris differentiæ sunt: quarum aliquæ per mutationem processus, postquam ipsi magistratus iudicare cœperunt, sublatæ sunt, veluti quod exceptiones olim bonæ fidei iudiciis inerāt, quod in stricti iuris iudicijs exceptiones corā prætore proponendæ & ipsi formulæ inserendæ erāt, de quibus suis locis tractatur: aliquæ circa præstationem vsurarum & fructuum versabantur *l.* 34.*d.vsur.l* 38 § 7 *eod.* quas pacto variari, & quoad hunc effectum stricti iuris actiones naturam bonæ fidei actionum assumere posse, defendi potest, maxime ex eorum sententia, qui pacta in continenti adiecta etiam stricti

iuris contractibus inesse existimant: facit quod dicitur *in l.27.d.reg.iur.* actionum modum pactis statim adiectis mutari posse. Supersunt autem differentiæ aliæ, de iudicando ex æquo & bono etiam super ijs, quæ expressæ non fuerunt, de æstimatione rei peremptæ, diuerso tempore ineunda *l.3 comm dati.&c.* quas omnes pacto tolli posse non facile quis dixerit: eoque contractus siue actiones stricti iuris pacto quidem nō plane transmutari, sed tamen alterari posse statuemus: sicut & actio ex testamento, de qua paulo ante dictum.

THESIS III.

LIT. A.

Adhærentium iurisdictionum.] Schneid.(etenim Bart.& Mynsing.cit.loc nihil tale habent) aliquid ea de re meminit, ibi videlicet: de iurisdictione tanquā accessoriæ finium territorij, qui regendi & distinguendi sunt. tractatur: cæterū hac actione principaliter de distinguenda iurisdictione vt agatur, non videtur conuenire rationi. Sed & intelligendum hoc est de ijs, qui iure proprio iurisdictionē habent, territorio quodammodo cohærentem: eoque iure nostro Romano, quo omnes iurisdictionem mero & simplici magistratus iure habent, huic sententiæ locus non est.

LIT. E.

Tradit hic quod hæc actio detur ad fructus post litem contestatam perceptos. Minus accurate, quia fructus etiam ante percepti adhuc extantes restituendi sunt *l.4.§ 2. h.t.* quod ipse in allegatis nō obscure admittit, vbi fructuum cōsumptorum meminit: vtcunque enim bona fide percepti sint, adhuc tamen extantes veniunt in hoc iudicium: quoniam vt paulo ante dictū hactenus actio hæc naturam actionis in rem imitatur. Illud paulo inconcinnius dicitur, fructus perceptos fieri consumentis: quoniam perceptio à consumptione longe est diuersa: de qua re actum supra disp.15.th.11.

LIT. F.

Sed etiam quasi in contractu.] Dubium mouere posset, quod *in §.3 Institut de obligat quasi.& cont.* vbi iudicia mixta proponuntur, nulla huius actionis mentio fit: & quod in §.*pen.I.de off.iud.* eo nomine in hac actione quis condemnandus dicitur, quod circa fines aliquid malitiose commisit: vt ita hæc actio videri possit mixta in rem & ex delicto. Verum vtcunq; etiam delictum hic incidere possit, nihilominus tamen, alias præstationes personales hic venire, docet *l.4.§.1.h.tit.* si quis aliquam vtilitatē ex eo loco perceperit: securi & eius quod quis bona fide in locum, qui in hac actione vicino adiudicatur impendit, rationem haberi æquum est: vt proinde recte hæc actio etiam ex quasi contractu, non minus ac reliqua duo mixta iudicia, cū quibus *in §.20. Inst. d.action.* coniungitur, descendere dicatur.

THESIS IV.

Proponitur hic vulgata quæstio, si quis in cōfinio occisus reperiatur, cuius sit cognitio super homicidio. Intelligendum autem est fines non esse communes pro indiuiso, sed vicinos, & sese quasi contingentes. Non recte autem Tr. circa iurisdictionis distinctionem versari ait: quoniā de iurisdictione constare præsupponitur, & hoc quæritur vter ius cognoscendi super crimine vindicare sibi possit. Tres hic sunt opiniones, quarum prima vult considerari locum, in quo caput repetitur *argum.l.44.de religios.* Verum decisio huius quæstionis nullo modo dependet à præstantia partis, sed petenda est ex coniecturis, quibus in hoc vel illo loco homicidium cōmissum colligatur, maxime si caput à trunco auulsum proponatur. Alij pro eo pronuntiant, in cuius territorio infima pars corporis, veluti pedes reperiuntur. Sed hæc coniectura valde fæuis est, quod rarissime contingat, ita quem occidi, vt citra illum motum corporis protinus corruat. Eoque potius descendam in sententiam Treu, qui ad vtrumque cognitionem pertinere tradit, quæ etiam est Bald. *in l. arbor. 19 comm diuid.* Quarum opinionem nouiter] proponit Bocer. *d. iurisd.c.9.num.2.* illum locum potiorem esse, in quo homicidia stetit. Verum nec dubitarunt Dd eius loci rationem habendam esse, sed hoc ipsum magis dubium est, in quo loco steterit homicida & in dubio quidem ibi stetisse præsumitur, vbi ipse occisus reperitur. Illa vero Bocer. coniectura est incertissima, vt ex loco vulneris, an aduersum, an auersum sit ea de re statuatur. siquidem contingere: vix potest, vt citra vllam agitationem aut vacillationem vulneratum corpus recta procubuerit, sunt denique qui occupantis conditionem putant esse potiorem. Et hæc de casu cadaueris, quod homicida non mouit, solet autem frequenter fieri, vt corpora occisa ab homicidis in alium locum pertrahantur: ad quem casum pertinet altera pars thes. vers. quod si occisus, &c. cuius decisio à Treut. proposita, aut nullam aut exiguam continet dubitandi rationem.

THESIS V.

Duo tantū leuicula in hac th. notanda occurrunt. 1. q lit. E, aut iudicem litem debere dirime-

re assignatis finibus per agri mensores vel etiam arbitros. Neque enim intelligo quale hoc sit genus arbitrorum, per quos fines assignentur, quorum nusquam in iure mentio: siquidem *cit. l.44.d.recept.arbitr.* cũ casum proponit, quo ipsæ partes super controuersia fin. regund in arbitros compromiserunt. Et *in l 7.h.t.* arbitri non à iudice controuersiæ, sed pro prætore dati intelligẽdi videntur, nisi forte Tr. per iudicẽ ipsum prætorem intelligit. 2. quod de controuersia etiam citra litis contestationem decidenda proponit. Bald. *in l 3.C.h.tit.* vtramque sententiam refert, sed illam quæ litis contestationem requirit, ait esse tutiorem. Videri fortassis possit Cõstantin. *ind.l.3.* aliquid noui cõstituisse: sed & iudicium hoc summarium esse videtur, & cum cõtrouersia finium per ipsa rerum momenta non raro decidi possit, nihil absurdi est, si in causa propter contumaciam partis, (de quo diserte casu agitur *in d.l.3.*) in causa pronuntietur.

THESIS VI.

LIT. A.

Quod in pr. th. de custodiendis finibus vel antiquis, vel nouiter constitutis, proponit Tr. totidẽ fere verbis traditum est th. præc. lit. B & C.

LIT. B.

Quod vt rectius fiat.] Dicere potius debebat, vt in posterum fines sarti recti manerent, neque in eos quid attentaretur: hoc enim efficit animaduersio, cuius statim mentio fit, limites autem ea non definit.

Latam à Solone legem.] Proponitur ea *in l fin.h.t.* eiusque pars, de Ascrobe, olea, & alia arbore, refertur à Plutar. in vita Solonis, cuius verba, quoniã rationem legis proponunt, adscribere libet, τοὺς μὲν ἄλλο τι φυτεύοντας ἐν ἀγρῷ, πέντε πόδας ἀπέχειν τοῦ γείτονος κελεύσας, τοῦ δὲ συκῶν ἢ ἐλάαν, ἐννέα. Πορρωτέρω γὰρ ἐξικνεῖται ταῦτα ταῖς ῥίζαις καὶ οὐ πᾶσι γειτνιᾷ τοῖς φυτοῖς ἀσινῶς ἀλλὰ καὶ τροφὴν παραιροῦνται, καὶ βλάπτουσαν ἐνίοις ἀποῤῥοὴν ἀφίησι. βόθρους δὲ καὶ τάφρους τὸν βουλόμενον ἐκέλευσεν ὀρύσσειν ὅσον ἐμβάλοι βάθος ἀφιστάμενον μῆκος τ' ἀλλοτρίου.

In vrbanis etiam prædiis.] Vix apparet ratio, qua lex illa Solonia ad prædia ista transferri possit: neque hanc opinionem cuiquam imputatã video à Schneid. vel Accurs. qui saltem *in d.l. vlt h. tit.* obiectionem mouet *ex l. Meniana C. d adific. priuat.* & recte respondet speciale esse in hoc genere ædificiorum, cuius specialitatis ratio petenda est ex iis, quæ tradunt Forner. Cuiac. & Gœd. *in l malum 24.2.1.d.V.S.*

LIT. C. & D.

Tractatur hic de officio iudicis, & ait Tr. vtile esse animaduertere in eos qui contumaciæ nomine sunt condemnandi Hoc obscurius dici videtur, quod alias hæc ipsa cõtumaciæ pœna sit, vt quis cõdemnetur, neque fere aliter simplices contumaces soleant coerceri. Plane si cõtumacia specialis & insignior occurrat, qualis lit. C. proponitur, si quis iudici agros metiri iubenti obsistat, cõtumaci mulcta poterit indici: id autẽ non satis commode dicetur, *animaduerti in eũ, qui ex contumacia est condemnandus*, quod condẽnatio causam principalem per sententiã definitiuam decidendã, respiciat. Ait dein de animaduertendũ esse in eos, qui aliquid malitiosè circa fines cõmiserunt. Atquin potestatẽ iudicis siue arbitri fi. reg. de quo hic agitur, id excedere videtur: vt animaduertat in ita delinquentes neq; id nisi instituta criminali actione, de qua th. seq. fieri potest. Neque obstat §. *pen. Inst. d. off iud.* qui non de animaduersione tali, sed æstimatione damni, & eius quod interest, tractat. Nihil autẽ ad rẽ facit *l.4.C. vnde vi.* (per errorẽ typographi citata est) *l.4.C.h.t* in qua non de hac actione disputatur, sed noua remedia proponuntur, quibus vis admissa vindicatur: & apparet vtique iudicẽ fin. regund. reũ ad rẽ ipsã cũ altero tanto restituendã, quã pœnã irrogat *d l. 4.* condemnare nõ posse. Nec minus in illo offendit, ꝙ propositioni de animaduertendo in malitiosos, in allega. subiicit: *si quid enim lite mota &c.* quia si hic casus quo malitiosè circa fines delinquatur, nõ tantũ nõ vnicus, sed etiã videtur esse rarior. Sed neque generalis pœna *d. l. 4. C. vnde vi:* restringi debet ad inuasionẽ factã post litem motam, vtiq; animaduersio illius delicti ab officio iudicis in hac actione fin. reg. plane est aliena.

Quanti in litem iuratum fuerit.] Dubiũ hoc videtur, quod cõdemnatio fiat in id quod alterius interest, quanti in litẽ fuerit iuratũ: siquidẽ vt ipse docet th. 2. lit. C. hæc actio stricti iuris est, in quibus regulariter in litem nõ iurari constat *l.5.§. vltim. & l.6. in l.t.iur.* Neque dicere possis ex ratione qua hæc actio in rem & pro vindicatione est, *l.1. fin. reg.* in litẽ iurari: quia in actionibus in rem tũ id admittitur vbi dolo & contumacia res ipsa nõ præstatur: de quo casu Tr. hic loqui non videtur, sed magis de præstationibus personalibus: & in actionibus in rem nõ iuratur in litẽ pro eo ꝙ interest, sed super æstimatione.

Neque obstat *l.3.d.in lit iur.* quia ibi agitur de actione depositi, quæ bonæ fidei est, & regulariter iuramentum in litem admittit: & hinc tanto magis arguitur, proponi hoc à Tr. de actione fin. reg. quatenus in personam est: quoniam interesse, de quo agit *d.l.3.* non æstimatio rei sed præstatio personalis est.

THESIS VII.

LIT. C.

Fisco numerandus] Nimirum ex actione populari de qua *in l.fin d term mot.* vbi dicitur q̃ debeant dari in publico sicut *in l.13.ad SCtum Sillan.* pœns dicitur danda esse actori ex publico: vt proinde ferri nõ possit explicatio Gædd *in l.12. d.V.S n 16 in publico dari.* id est, *in populari actione dari*: de quo actum est supra *disp.4.th 9 lit.B.*

LIT. E.

Neque hæ criminales civilem illam] Scilicet illã, de qua actum est th.præcedd. actionem fin reg. quoniam etiam actio popularis ex L.agraria, ex qua pœna fisco adiicitur, iuxta communem Dd. sententiam criminalis est. Ex eo autem, actionem fin.reg. rei persecutoriam dicit, tanto magis confutatur, quod th.præc.lit C.& D de animaduertẽdo in malitiosos turbatores aut inuasores proposuit. Cæterum de concursu persecutoriæ & criminalis, itemque duarum criminalium, prolixius disputare huius loci non est.

THESIS VIII.

LIT. A & B.

Initio th. hæc verba habentur: *eliditur hæc finiũ actio proprietatis exceptione, quo vsque ea probata fuerit, tollitur omnino triginta annorum præscriptione.* Quorum verborum satis obscurorum sensus petendens est ex citatis *l.1 §.1 fam.ercisc. l 18. d. except* quod scilicet agente eo qui non possidet, siue acturo potius iudicio v c.famil. ercisc. vel comm diuid. obstat exceptio præiudicialis. q̃ actor dominus non sit: siquidẽ actiones hæ mixtæ, non nisi ijs qui pro indiuiso domini sint, cõcedantur: ideoque exceptio hæc, tu non es dominus, interim excludit & differt siue suspendit iudicium comm diuid: quod probata demũ proprietate conceditur. Quæ sane apertius erãt proponenda, cum præsertim alias elidi actionẽ exceptione proprietatis, hoc sensu dicamus, q̃ reus dominus sit. quomodo actioni publicianæ exceptio dominij obstare dicitur: & ipsa quoque verborum oppositio, *elidi, tolli,* minus recta est, nec satis recte actio, quæ tantum differtur & suspenditur, vt Tr. in ijsdem terminis melius loquitur th seq lit.D. dicitur elidi.

Et est hoc actionibus mixtis commune] Illud non valde dubium, quod actiones hæ triginta annis durent: sed illud non satis expeditum, quod v. c actio comm.diuid.aut fam.ercisc.30.annis expirare dicitur *l.1.§.1.Cod d annal except.* siquidẽ inde effici videtur, quod post 30 annos ad diuisionem, ad quam hæc iudicia dantur, prouocari non possit, & ita quis perpetuo in communione manere cogatur. Quæ quidem sententia licet *in d.l.1.Cod d ann. except. & in l fin. C. commun diuid probetur à gloss. & à Iohan Fabr in §. quædam 20 Instit d.action. & à multis antiquis quos refert.* Iason. *in d § quadam num 29* absurda tamen plane videtur: tum quia quod nulla conuentione fieri potest, *l 14.§. 2 commun diuid* solo lapsu tẽporis effici non posse videtur: tum quia generaliter traditum est in *l fin.Cod.commun. diuid* neminem inuitum in communione detineri, quod materia communionis discordias soleat excitare *l.cum pater §. dulcissimis d legat. 2.* tum quod nulla hic negligentia, in qua fundantur præscriptiones interuenire potest: tum quod vt ex Bartol. & Bald. adducit Iason. donec stamus in communione & possidemus simul, vnus recognoscit alterum in socium, eoq; præscriptio currere non potest, siquidem singulis pro indiuiso possidentibus, fieri non potest, vt alter alterius partem vsucapiat. Quinimo nec eo respectu, quo ex quasi contractu hæc actio dicitur, tricennalis præscriptio ei obstare potest: quoniam in communione rerum est quasi quidam cõtractus continuus & singulis quodammodo momentis actio nasci videtur: quoniam sæpius aliquid impenditur, sæpius percipiuntur fructus, sæpius culpa socij interuenire potest: ex quibus quasi hic contractus constituitur, & nascitur actio in personam Neque obstat *dict l 1 § nemo. Cod d.ann. except.* non quod sit accipienda de actione iam in iudicium deducta, vt pessime illum locum accepit Zas. *in § quadam I. d. action.* quam potius vt ex Bald. *in l fin Cod fin.reg. respondet* Ias. *in d. § quadam num. 38* quod ille textus procedat, altero tantum ex consortibus possidente: etenim ponendi sunt termini habiles, & ijdem qui in actione fin.reg. *l.fin Cod fin reg.* & in petitione hereditatis *l 7.Cod d.petit hered.* vt videlicet, quia res cũ alio communis fuit, nõ sufficiat eã decẽ vel viginti annis possedisse. ob naturã mixtæ personalis actionis *argum.dict l.7.* siquidem ita actio diui di non possit, vt ratione præstationum personaliũ triginta & ratione rei vindicationis decẽ aut viginti annis duret. Pos-

fit etiam responderi, quod d.l.1 § nemo ad illum casum pertineat, vbi diuisione iā facta, de præstationibus personalibus intra annos 30. actum non est; nam & postquam à communione discessum est, hoc nomine agi potest. l. 6. §. 1. l. 11. comm. diuid. quam responsionem proponit idem Iason. in d § quadam num. 38. & Zas. in parat. famil. erciscund. num 4 & 5 Posfit etiam casus dari quo stante adhuc communione actioni commun. diuid. 30. annorum præscriptio obstet, ratione nimirum eorum sumptuum aut fructuū, qui ante 30 annos, si tamdiu steterit communio, facti vel percepti sunt. Vide Cyn in d.l.1 §. nemo C d annal. except. & alios multos citatos à Iason, in d § quadam Institut. d. action. num. 30. & 31. ex quibus apparet hanc sententiam esse communem: à qua discedere videtur Treut. dum improbat Zas in parat famil. erciscund. num. 4. & 5. vbi sententiam à nobis confirmatam rectissime sequitur, non tantum (vt male putat Treutler.) in actione famil. ercis. sed etiam comm. diuid. Nisi forte Treutler. probat citatum Sich. in l. vlt Cod. fin. reg. vbi putat tum præscribi 30. annis actioni comm. diuid. si vnus sociis diuisioni petitæ reclamauerit, & alter 30. annis acquieuerit: exinde enim amplius ad diuisionem proclamari non posse, quod ego ex supra dd. rationibus falsum puto.

LIT. C. & D.

Longissimo tempore.] Etenim in hac præscriptione non spectatur ius aliquod aut factum possidentis, sed actio sola temporis præscriptione, quod lex præscripsit, eliditur. Cæterum de differentia iuris Can. quam alieno loco prolixius attingit Tr. agemus infra p. 2. dispu. 22 th. 6 lit A.

Si bona fide longi temporis præscriptione.] Huic sententiæ, quod bonæ fidei possessor longi temporis præscriptione aduersus hanc actionem tutus sit, omnino obstat, quod ipse hac th. lit. B. affirmat & verissimum est, mixtis actionibus hoc esse cū personalibus commune, vt 30 annis durent. Enimuero bona fides possessoris siue rei conuenti nunquam efficere potest, quominus tāto tempore viuat actio, quod ex natura sua vel lege habet: alias ead ratione dicendum esset, ꝙ petitio hereditatis contra bonæ fidei possessorē tricennalis non esset. Neque obstat, quod lōgo tempore dominiū quæri dicitur: quia fallit hoc in re quæ cum alio fuit communis, propter naturam mixtæ actionis l 7. in prin. C. d petit hered. quod de hac actione expressum est in l. vlt. Cod. h. t. quæ non nisi absurde ad malæ fidei possessorem restringatur: & ius experiendi super præstationibus personalibus, tradit secum ius vindicādi, neque, vt paulo ante dictum, ita diuidi actio potest, vt pro parte lōgo tempore, pro parte tricennio finiatur. Neque obstat l. 2. §. 6. pro empt. vel quia ibi emptor nunquam fuit confinis, sed statim fundum amplioriб. finibus possedit: vel quia quæstio hac controuersia fuit vt apparet ex l. vlt. C fin. reg. per quam decisa est, idque etiam Zasius recte notat in parat fin reg nu. 7. quod d. l. vlt. C. h. t moderetur iura Digestorum.

THESIS IX.

LIT. A.

Ait quod familia significet ipsas res hereditarias, non hereditatem, & quod non de hac, sed de illis diuidendis agatur Quod quidem verum est, sed minus recta subiuncta ratio, quod hereditas sit indiuidua. Quia imo hereditas inter plures heredes diuisa est l. 9. §. 13. d hered instit. de quo supra disput. 4. Et ratio itaque vera est quoniam quod iam vel à lege vel à testatore in partes diuisum est, in hoc iudicium non venit.

LIT. D.

Hinc fit vt actio.] Quod hic proponit, quod actio hæc, si quis neget aduersarium qui in possessione non est esse coheredem, suspendatur, idem plane est cum eo, quod diuersis plane & obscuris verbis proposuit thes. præced. lit. A. elidi hanc actionem exceptione proprietatis, vt ibid. notatum est.

Cui consequens est] Ait quod ille qui agit iudicio fam ercisc. fateatur aduersarium sibi esse coheredem, adducta l 37. h t. & improbato Cuiac. 9. obseru. 39. qui textum legat negatiue. Atqui exemplaria omnia in illo textu negationem agnoscunt, eoque si qua cōmode negatiue lectionis explicatio dari potest, sententia Tr. probanda non est Accurs. Bartol. & Bald & Florian. explicant dict. l. 39. de errante, & casu litis non contestatæ, vt videlicet errorem mutare liceat: quā eādem sententiā proponit Cuiac. in l 18. § 1. de vi arm. l. 26. quæst. Papin ꝙ licet qui cū aliquo fam. ercisc agit. videatur per consequentiā tacitā eū fateri heredem, non tamen protinus ei generari præiudicium, neq; impediri, quo minus mutata sententia petitionem hereditatis instituere possit, ꝙ repetit 9. obseruat. 36 vbi tamen fatetur, negationem deesse in Basilicis, quā etiā detrahi vult Anton. Fabr. decad. 36. error. 5. sed Hottom. 5. obseruat. 1. locum illum accipit de reo, quoniam in duplicibus iudiciis promiscue verbo agendi vti licet. Forte etiā textus ille ad ius antiquum & interrogatorias actiones referri possit,

possit, vt videlicet qui tantum dictauit iudicium fam. ercisc. non videatur fateri aliquem esse coheredem, vt actione interrogatoria conveniri possit.

LIT. E.

Prolixius hic & extra materiam tractat de actione directa & vtili & vtriusque distinctione. Ratio autem, cur proprie loquendo non detur actio directa bonorum possessori, hæc vnica est, quod prætor heredem facere non potest *in prin. Instit. d. bon. possess.* Ratio autem Tr. claudicat quod L. XII. tabb. istos successores non agnoscat: etenim ita etiam his qui ex legibus nouis ad hereditatẽ vocantur, directa actio neganda esset; quod proculdubio falsum est. Cæterum *in l. 2. §. 1. h. tit.* quam ex Bocero sibi obiicit Treut. obseruandum est, quod bonorum possessor opponitur arrogato, qui quartam ex constitutione Pij tanquam æs alienum, & ita sine onere habet. *arg. l. 8. §. si quis 15. d. inoff. testam.* cuius respectu bonorum possessor, qui in omne ius defuncti succedit, veri heredis instar est, adeoque recte ita opponitur, vt illi vtile tantum iudicium accommodari dicatur.

LIT. F.

Non nomina nec mala medicamenta, &c.] Male omnino hæc ita copulantur, cum diuersissima ratione hæc in iudicium fam. erciscun. non veniant illa quidem, quia ipso iure ex L. XII. tabb. diuisa sunt *l. 25. §. 1. h. tit.* hæc vero quia corrumpenda & perdenda sunt, cæteroquin vtique veniunt, vt docet expresse *l. 14. §. 1.*

THESIS X.

Quæstio hic proposita non merebatur integrã thes. Ait autem Tr. inter iuris vtriusque interpretes controuerti de modo faciendæ diuisionis. Quod parum apte dici videtur, quia iure ciuili certissimum est, quod nec Canonistæ negant, si inter ipsos coheredes cõueniri nequeat, officio iudicis siue arbitri famil. ercisc. diuisionẽ esse faciendã. Eoque simpliciter statuendum fuerit, ius ciuile à iure Canon. dissentire: quamuis *c. 1. d. parochis* in hanc rem non sit expressum, quippe agens de casu diuerso, videlicet de Episcopo hæretico remoto, & ad vnitatem reuerso, quẽ pontifex in partem vult admitti, diuisione facienda ab eo qui diutius tenuit Episcoparum, quod Episcopos ad arbitrũ mittere ex dignitate non videbatur: *& Bart. in l. Cod. de ijs qui se defer.* etenim male citatus Bald. *in l. 4. C. comm. diuid.* nihil habet, *& in l. 2. Cod. quando & quib. quart. pars.* qui titulus est H. 10 non scripsit,] hoc tãtum ait, quod vulgares dicant, diuisionem faciendã esse à maiori, facturus alias mentionẽ iuris Canon. si huic eam sententiam conuenire putasset. Illa sane inepta Canonistarum ratio est, notata etiã *in addit. ad Bart. & apud VVesemb. in parat. his n. 6* ab exemplo Abrahami & Loti: quia non ibi vera diuisio, nec illi cohæredes, & modestia quadã Abrahamus hoc fratris filio permisit. Illud nõ animaduerto, quare lit. A. ex *l. 1. C. quando & quibus quarta pars, &c.* electionẽ forte fieri debere probat, quæ ratio vtriq; ab officio iudicis quod in th. proponitur, omnino est diuersa. Et agitur ibi de casu singulari, & hoc statuitur, vt quo casu quarta pars bonorum decurionis ad curiales pertinet, heres quatuor partes faciat, & sorte decidatur, an heredi, dodrantis an curialibus quadrantis electio sit cõcedenda, quod ita accommodati possit, vt consensu heredum partes fiant, & sors definiat, cuius electio esse debeat.

LIT. B.

Maiori læso remedium l. 2.] Sc. si errore lapsus sit: quia vt recte subiicitur, secus est, si valorem bonorum sciuerit, contra quam male putat Donell. *ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. c. 2. n. 11.* vbi etiam scienti veram æstimationem remedium *l. 2.* concedit, de quo agitur infra suo loco.

THESIS XI.

LIT. A.

Nisi hæc concurrant.] Vt diuisio præsumatur facta, requiri vt bona separatim sint possessa, onera separatim soluta, & fructus separatim percepti & insuper decursũ decennij aut vicennij. Verum putauerim, cum diuisio etiã priuatim fieri possit, tria illa priora citra lapsum illius temporis, ad præsumendam diuisionem sufficere. Sed alia quæstio est an & intra quod tempus prætextu inæqualitatis commissæ remedium aliquod restitutorium implorari possit.

Hæc vero si coniunctim] Plus hic videtur dicere velle Tr. vt ista omnia concurrentia cum lapsu longi temporis excludant istam actionem. Atquin iã supra ostensum est, actiones has triginta annis durare, tum ratione præstationũ personalium, tum ratione vindicationis rerũ, quæ diuisæ non esse prætenduntur: *& gloss. in l. pen. C. commun. diuid. Balb. d. præscript. p. 2. quæst. 10. num. 39.* hoc tantum dicitur, quod diuisio facta præsumatur. Illa autem quæstio facti est an ex inæqualitate præsumatur diuisionem non esse factam, quæ non improbabilis sententia videtur Balb. *d. q. 10. num. 40.* si magna sit inæqualitas: an vero compensationem factam esse credere debea-

debeamus. Facilius sane exceptione repelletur actor, si modica & exigua inæqualitas ostendatur.

LIT. B.

Facta priuatim diuisione.]Hoc casu scilicet adhuc iudicio fam. ercisc. experiri licet, quia heredes ad iudicium hoc prouocantes, diuisionem factam retractare, & quasi pro non facta habere videntur: quod illis non licet, vbi diuisio transactione aut autoritate iudicis munita est. & ita ex verbis, *ex consensu* accipiunt *l. 1. Cod famil ercisc gloss. Odofred. Cyn Salic. Castrens. Sichard. ibid.* Sed differentiæ ratio, quare iudicium hoc semel tantum, petitio autem hereditatis sæpius intentari possit *l licet d. petit hered. l. 9. d except. rei iud.* minus expedita videtur. Accursius hanc reddit quod hæc actio non simpliciter, illud autem iudicium & aptitudine & actu sit vniuersale: quã rationẽ probant & explicant Salicet. & Sichard. *in d. l 1. Cod famil ercisc.* quod nimirum petitio hereditatis nec semper, nec præsertim ratione rei conuenti sit vniuersalis: licet eam improbet Cyn *ibid.* Plane cum petitio hæreditatis contra omnes qui se pro heredib. gerunt, imo etiam contra eos qui rem singularem pro possessore tenent, cõcedatur *l. 13 d. petit hered.* rationis est, vt ea sæpius intentari possit: atquin iudicium fam. ercisc. competit contra eund. eoque absoluto à communione quæ hæreditario iure fuit, recessum sit. & si quid indiuisum superest, id nõ amplius commune tanquã inter coheredes, sed tanquam inter simplices quosuis socios esse videtur.

LIT. C.

Facienda est in omnium personis] Opponit hic inter se *l. 27 & 41 h tit* quarum conciliationem satis operosè tradit citatus Cuiac. *23. obseruat. 1.* paucis verbis iam olim notatam ab Accurs. *ad dict. l. 27.* quod sc. aliud sit de diuersis partibus, altera bene, altera male iudicare: aliud de re in iudicium deducta non integre, sed pro parte tantum iudicare, quod improbat *dict. l. 27* cuius rei cum eadẽ sit ratio & in præstationibus personalibus, & in adiudicatione rerum, non animaduerto, quamobrem Cuiac *d l. 27* ad præstationes personales restringi velit.

LIT. D. & E.

Ait in th in hoc iudicium venire, si quid expensarum vel fructuũ nomine quasi contractũ, vel dolo culpaue admissum sit. Quæ non recta oppositio est, quia hæc ipsa culpa & dolus ad præstationes personales pertinent, vt ipse tradit th. 14. lit. F. adeoque in hanc actionem ex causa quasi contractus veniunt, sicut in aliis quibusvis, contractibus, neque in speciem delicti aut maleficij incidunt.

THESIS XII.

LIT. E.

Ea salua legitima facta seruanda est]In testamẽto perfecto hoc liquidum est, sed in testamento imperfecto inter liberos, vbi voluntas patris magis ab intestato defendi videtur, de quo alibi videri possit ea inæqualitas non ferenda, cum legitima videatur esse pars minima, vt notat Accurs. *in l. 2. §. 1 quod cum eo qui in alien &c.* & probat Cuiac. *in l. 4. §. soli, eod. lib. 9. quæst. Papin.* Sed tamen pro sententiæ Treut. facit quod *in l 16. & vlt. C. famil. ercisc* in ijsdem terminis dispositionis paternæ inter liberos traditũ est quod possit pater grauare reliquos liberos, de restituendo partem fratribus, saluo Senatusconsulti auxilio, videlicet Trebelliani, quo grauatus quartam, quæ illo tempore legitima erat, retinet. Et sane siquidem pater disponendo inter liberos partes inæquales facere potest, quod negari nequit, tum *ex d. l. vlt. C. fam. ercisc.* tum quod alias reuera nullum ius disponendi in imperfecto testamento pater haberet, nullus alius terminus illius inæqualitatis, dari aut statui potest. Cæterum illud non satis recte Treut. quod eum in thesi generaliter loquatur, de diuisione facta à testatore, in exegesi proposita tantum habent locum in parentibus.

Vt filius de inofficioso.]Parum caute hoc dicitur, quod legitimam relictam esse necesse sit, vt excludatur querela: siquidem iure nouo actio ad supplementum introducta est: quin imo in casu, de quo Tr. loqui videtur, dispositionis imperfectæ patris inter liberos nec hic fortassis opus esse tentari possit, vt videlicet arbitrio iudicis famil. ercisc. legitima suppleatur *arg. l. 2. C. d inoff donat.*

LIT. B.

Ea enim facta seruanda est] Ait quod diuisio à testatore facta sit seruanda, sicut nec priuatim facta, temere debeat reuocari. Atquin ista duo non recte inter se computari videntur: quia hæc quidem actualis & realis diuisio & separatio est, illa vero magis designatio quædam partiũ esse videtur, quã nõ obstante iudice & arbitrio opus sit, qui rerum singularum facit diuisionem *arg. l 16. & vlt. C famil. ercisc.* & quod ipse Treut. *in prin. th* ait, à iudice videndum esse, &c Et videtur adeo Tr. confundere quæstiones diuersas, de diuisione rerum & ipsius hæreditatis: quod præsertim alias diuisio ipsarum rerum ad quantitatem

titatem legitimæ, de qua Treut. lit. A. tractat, nihil facit, sed diuisio iuris, cum pateat diuersas in hæreditate partes liberis assignari quo etiam, non vero ad rerum singularum diuisionem pertinent constitutiones de dispositione patris inter liberos *in l. 6. & vltim. D. de fam. ercisc. Nou.* 18. & 107. & ea tamen quæstio, cum iis quæ de nuda voluntate patris, hæreditateque à liberis subscripta tradit, ab hoc loco est aliena.

LIT. C.

Agitur hic de retractanda diuisione ex capite læsionis. Et nimirum aut nondum completa est diuisio, & verius est etiam eam inæqualitatem, quæ est infra dimidium, æquitate iudicii corrigi posse, quo modo recte accipitur *l. 3. C. comm. vtriusque iudic. ab* Ant. Fabr. *decad.* 8. *err.* 1. vel impleta diuisio, & contra quam ibid putat Ant. Fabr. læso succurrendum est remedio *l. 2. C. de rescind. vend.* quæ communissima Dd. sententia est ad *d. l. 3. C. com. utr. iudic.* Quod tamen restringit Tr. ad diuisionem priuata cōuentione factā, secus autem esse, si per sortem vel iudicem facta sit diuisio. Quod ego ita limitandū & accipiendum existimo, si cum de inæqualitate partium constaret sortis iudicio, vter hanc vel illam haberet, fuerit commissum: aut iudex in specie super valore rei pronuntiauerit, quia grauatus debuit appellare: quod ipsum notat Bald. *in d. l. 3. C. comm. vtr. iudic.* Odof. & Salic. *ibid.* Cæterum si simpliciter partes vel plane non vel per errorem æstimatæ aut per sortem aut per arbitrium obuenerint vel adiudicatæ fuerint, non dubitauerim, restitutioni esse locum.

LIT. D.

In thes. hæc verba habentur: cautiones etiam de euictione iudex fieri curabit. & in allegatis pro ratione subiicit, quod diuisioni euictio tacitæ inesse censeatur. Atqui hæc ratio contrariū potius efficit vt cautiones apud iudicem necesse interponi non sit. Ideoque dicere debebat: interponendas esse cautiones, licet alias etiam tacite euictio inesse censeatur.

Quod tamen diuisione à parte facta secus est] Cum paulo ante ostensum sit, diuisionem istam paternam non inducere actualem bonorum separationem, consequitur contra Tr. euictioni esse locum, id est, vt reliqua euicta cohæredi contra cohæredem detur regressus. Quin imo etiamsi veram diuisionem à testatore factam, & res singulas à parte liberis assignatas esse proponas, adhuc idem statuendum crediderim quod scil. testator res omnes proprietate suas esse existimauit, quarum aliquas si alienas esse, & euictas ire credidisset, proculdubio aliter partes assignasset: & si aliter statueremus, aliquis heredem minus quam testator ipsi datum voluit consequeretur. Neque mouet ratio Tr. quod hæreditas nunquam hoc casu liberis fuerit communis: vel quia hoc falsum est, vel quia quoad hunc effectum ne vni manifesta iniuria inferatur, perinde ac si communis fuisset disputandum est: & potestate iuris tempore mortis communē fuisse sufficit, quem effectum testator non potuit impedire, sed ad summum officium tantum arbitri fam. ercisc. præuenire.

THESIS XIII.

Thesis hæc tota fugitiua est, & præterquam quod de liberis in specie tractat, cum tamen disputatio hæc generalis sit, materia etiam collationis, de qua ex professo agitur part. 2. disput. 17. alieno loco proponitur.

LIT. A.

Hodie sola profectitia conferri.] Cum hæc bona in dominio maneant parentum, proprie loquēdo non conferri, sed in hæreditate manere dicuntur, siquidem ipse Tr. d. disp. 17. th. 1. collationem definit rei propriæ in communi illationem: (quamuis in dote de donatione propter nuptias ius aliquod præcipuum haberi liberi videantur) eademq; de causa quæstionem de donatione simplici conferenda, tantum ad emancipatum filium hac ipsa lit. A restringere videtur: quod alias donatio in filiumfam. collata vsique vel maxime profectitium quid sit. Et ergo aut non recte dixit profectitia conferri, aut etiā de filiisfam. an conferrent donationem simplicem, quærere debuit, siue per verbum, *conferre*, siue si subtilitatem verborum affectare voluit, per verba, *præcipuum retinere*: etenim in effectu eodem redit, siue donatum filiofam. non conferri, siue præcipuū retineri dicat: de quo agitur infr. *d. part. 1. disp. 17. th. 5. lit. G.* Interim videamus paucis, quid hic respondeat Tr. ait sententiam negantem, quod emancipatus non conferat donationem simplicem esse quidem à constitutionibus Imperatorum remotiorem, sed æquitati viciniorem. Vbi primo vitiose constitutiones Imperatorum æquitati opponit, cum tamen liquidum sit, Impp. hoc propositum fuisse quod vel centies inculcat Iustin. vt rigorem iuris ciuilis veteris æquitate temperaret, & in his ipsis terminis de conferenda donatione simplici, solum æquitatem quam matrem æqui recte dixeris,

ris, se spectare profitetur Justin. & *in l pen. C d. collat. & in Nou. 18. c 6.* quod autem inter liberos inducit inæqualitatem, non potest non esse cõsentaneum æquitati. Deinde non satis apparet, quare negantem sententiam pronunciet esse æquiorem: nisi forte præsupponit, quod liberi in potestate retenti ita donatũ sibi retineant præcipuum: quo sane admisso, iniquum fuerit, à filiis emancipatis qui & ipsi natura liber sunt, exigi collationem. Verum nec hoc præsupponit Treut. minime hoc certum, quin vel maxime dubium est, de quo agitur infra *d. disp. 16. th. 5.* quod etiam reiicimus quæstionem lit. B. de sumptibus & impensis studiorum, an à filio sint conferendi.

THESIS XIV.

LIT. C.

Proponit hic differentiam actionis famil. ercisc & comm. diuid. quod hæc sit de rebus singularibus, illa de multitudine & vniuersitate rerum. Quæ differentia non videtur perpetua & adæquata, non tam, quod etiam in famil ercifcund iudicio res singulares diuiduntur, quã potius quia cum actione communi diuidundo etiam locus fit sibi res communis est ex societate, vt ipse ait Treut lit D & societas quædam vniuersorum bonorum fit, inde aliquando etiam in iudicium communi diuidundo multitudinem & quasi vniuersitatem rerum venire consequitur.

LIT. F. & G.

Docet hic venire personales præstationes, & adiudicationes, illarum respectu personalis, harum in rem actio est, vt notatum ad th. 2. Sed illud dubitari possit, an super alterutrb tantum hoc iudicio comm diuid agi possit: quod affirmandum videtur *arg l 6. §. 4 & l. 11 comm diuid.* ex quibus probatur quod etiam soluta communione, & vbi super rebus diuidendis, amplius agi nequit, præstationum personalium nomine iudicium hoc locum habeat: cuius arg dici possit etiam stante communione super impẽsis aut fructibus præstandis, vt nihilominus salua maneat communio, hanc actionem moueri posset nisi quis forte sub alternatione agendum putet, quod aut præstetur v. c pars impensæ à socio, aut ille omnino rem diuidi patiatur. Quod nunc in medium relinquo. Porro an hæc aut fam ercisc. actio, eum actione negotiorum gestorum concurrant, quod negatur lit. F. in fin. actum est supra disp, 10 th. 3. lit, G.

LIT. I.

Affirmat hic pactum iuratum de manendo in communione seruandum esse. Verum magis probo sententiam Alexandri *volum. 2. consil. 18.* vbi ait non posse quem cogi, quominus proclamet ad diuisionem, licet periurum fieri, adeoque absolutionem à iuramento petendam esse dicat Et sane verum puto, quod nemo quacunque ratione in futurum sibi ipsi, quo minus mutare liceat voluntatem, legem dicere posit ex qua ratione probatur etiam, quod recte *d. consil. probat. Alexand.* pacta etiam iurata de non reuocando procuratorem constitutum vel testamẽtum factum mutari posse, nec necessitate ea seruandi præcise quenquam adstringi. Cæterũ quod iussu testatoris effici posit ne fiat diuisio, citato *consil non tradit* Alex & Bart *pro diff* allegatus, hoc tantum dicit, quod iussum tale testamento appositum intelligatur sub conditionibus *in l. si conuenerit 14. pro socio.* Vtique testator non videtur perpetuam & præcisam necessitatem imponere voluisse, quin & si voluisset, ad obligandos hæredes voluntas eiusmodi inefficax futura esset.

THESIS XV.

Tria hac th breuiter notanda sunt. 1. quod descriptio actionis vtilis angustior est, vt apparet *ex l. 6. in pr. & l. 7. §. 2. h. t.* vtique etiam re extante & diuisa pro personalibus præstationib. tantum competit. 2. quod incorporalia propriè loquendo in hoc iudicium non veniunt, nisi quatenus subiectum, aut aliud quiddam corporale intercedat. quomodo vsusfructus ratione subiecti vel fructuum, & aquæ ductus ratione aquæ quæ diuidi & in plures canales diffundi potest. 3. quod lit. D. & E. actionẽ pro socio magis præstationum personalium nomine, quam pro diuidendis reb esse ait: siquidem verius est plane non esse pro his diuidendis, quippe quod petitio diuisionis sit vindicationis species: actio autem pro socio mere personalis est. de quo pluribus agitur infra *disp 27. th. vlt*

THESIS XVI.

LIT. A,

Ait hic, quod primogenitus iure diuino & gentium in regno præferatur Cui non satis cõuenit, quod lit. B. tradit, secundo genitum à patre præferri posse, si hic sit solutus legibus. Etenim aut loquitur de legibus ciuilibus & his princeps solutus est, neque facile his legib. de successore caueri solet aut de legibus gentiũ & diuinis, & his nullus princeps solutus est: adeoque

siquidē primogenitus iure gent. & diuino præfertur princeps secundo genitum cōstituere regem non poterit. Et vero si contra leges ciuiles & regni non potest præferre secundo genitum, vt putat Tr. multo minus poterit contra leges gent. & Dei. Cæterum hoc ipsum dubium est, quod iuri diuino primogenitus præferatur: etenim ex eo quod in successione hereditaria lex Mosaica forensis populo tantum Israelitico data, ex recepta sententia alios populos non obligat. Cæteroquin de iudicio Dei contra Tr. coniectura sumi potest ex duobus exemplis. Dauidis & Salomonis, quorum ille vltimo genitus in regē à Samuele vnctus, hic fratribus ante se etiā ex rege patre genitis, voluntate Dei prælatus fuit, nihil reclamante populo, nec ipso etiā exclusо ius gentiū aut diuinū inuocante aut violatū esse contendente. Nimirum ad ius gent recte quidem hoc refertur, q̄ cum regna diuidi non soleant, sed vnum imperare ius sit, nullus est qui primogenito potius ius habeat: attamē ex causa alium fratrem præferri posse negandum non est neq; desunt eius rei exempla: qui de re quoniam ea quæ iuris publici sunt, quam parcissime attingere constitutum est, vide Lipsium *l. 2. monitor. polit. cap. 4. Gregor. Tholosanum l. 7. de republ. cap. 4. 5. & 6. Marianam de regno lib. 1. c. 3.* Ex his autem efficitur, pariter in cōcinnum esse, quod Tr. in thes. ait, vbi lege vel consuetudine natu maior vocatur, minorem præferri non posse: quoniam si ex causa contra ius gent. minor præferri potest, poterit etiam contra statutum & consuetudinem: quia hæc consuetudo nihil noui inducit, sed illud ipsum quod iure gent. probatur, confirmat: adeoque etiam frustra de tali lege vel consuetudine disputatur. Quin & ita è contrario sensu sequitur, si statutum vel consuetudo nihil hic disponat, minorem præferri posse: quod nisi grauissima subsit causa, & falsum & ei, quod iure diuino præferri primogenitum ait contrarium est. Neque placet subiecta limitatio, nisi princeps ille leges & consuetudinem abrogādi habeat potestatem: vel quia princeps non potest esse supra leges diuinas & gent. ex quibus præferri maiorem natu iam dixerat Tr. vel quia id genus legis pertinet ad fundamentales, quas princeps mutare non potest, quæ communis & vera politicorum sententia est.

Sicut & eum qui ante.] Agitatur & hæc inter politicos quæstio, an natus ante regnum à patre quæsitum præferatur postea nato. Quo accomodare quidam solent iure nostro tractatam quæstionem, an priuilegiis, quibusdam dignitatibus cōcessis, fruantur liberi nati, antequam pater eam dignitatem consequutus est. Quod videtur negare textus satis expressus *in l. 11. C. de dignitat. facit l. 13. §. 5. C. de nupt. l. 7. C. de princip. agent. in rebus &c.* Quibus non obstat *l. 5. Dd. senator*, quæ arg. inscriptionis referenda est ad caput L. Iuliæ Papiæ, quo non tantum senatores ipsi, sed quicunque eorum liberi nuptias cum libertina cōtrahere prohibentur. *l. 23. d. rit. nupt.* Non obstat etiam *l. 9. §. sed vtrum 14. d. pœn.* quoniam pœnæ sunt odiosæ, neque arguitur ibi de consequendo priuilegio dignitatis, sed euitanda pœna, quod firmatur *arg. l. 2. §. 2. de decur.* vbi dicitur quantum ad hoc, ne fustibus quis castigetur, aut in metallū detur, prodesse etiam ante nato, habere patrem decurionem. Hæc tamen non videntur euertere sententiam Tr. vel quia leges iuris nostri in decidenda hac quæstionē satis momenti non habent, vel potius quia pertinent illæ ad priuilegia, quædam specialiter dignitatibus tributa, & quæ viuo quoque pater cum liberis communicantur: vbi tamen de successione agitur, ista non recte applicantur. Interesse alias quis existimare possit, an filius ex patre in spem regni susceptus, licet antequam actu regnaret, an vere ex patre priuato, cui postea imperium delatum fuit, natus sit, ex quo fundamento, vt est apud Herodotum, mortuo patre Dario, Xerxes regnum obtinuit. Attamen & hoc casu pro filio ante nato pronuntiandum existimauerim, tum quod statim creato patre rege filius ille regis filius esse incœperit, & qui nullis liberis postea sublatis proculdubio regnasset, propter postea natum fratrem iure illo priuari debet: tum præcipue, quod ex veriori politicorum sententia ius regnandi non quæritur per meram succesſionem, sed concurrente tacita quadam electione & consensu populi: per quam scilicet vt causam principalem initio Principes; constituti sunt ita videlicet, vt quod liberos paternæ virtutis hæredes futuri præsumuntur, in imperium liberorum tacite consentire præsumerentur: eoque dubium nō est, quin in liberos iam electo principe, natos consensisse intelligantur. Vide prolixe de hac quæstione *Greg. Tholos. d. republ. lib. 7. c. 9. A. Knich. d. priuil. Saxon. non prouoc. verbo Electorum c. 3.*

Et eum quod nepotem.] Non minus hæc à Politicis agitur quæstio, an defuncto principe, filius secundo genitus, an nepos ex primogenito prædefuncto natus succedere debeat. Et commu-

nius

nius pro nepote respondetur: quæ sentẽtia probabilior sit siquidem regnum hæreditario iure transferri statuamus. & ipso primogenito viuo patre ius quæsitũ esse. Cæteroquin hæc hypothesis fortassis dubia videri queat, & suadere rationes politicæ videntur, viuo patre principe nullum esse regnandi ius liberis quæsitum: quoniam vt paulo ante dictum, principes immediate ex iure gentiũ & consensu populi creati cum sint, & quod historiæ, & 5. polit. Arist. docet, multi populi reges suos deposuerint, non potest videri ius regnandi in liberos statim natos trãsfundi: eoque non nisi mortuo principe filius ius regnandi quasi tacito consensu & electione populi consequi intelligendus est. Illud quidem admitto, quod regulariter in primo genitum ex ratione iuris gent. consensum videatur: verum illud ius primogenituræ dixerim esse mere personale, quod in liberos non transmittatur. Et frustra hic argumentum quidam petere solent ab exemplo Esau, qui ius primogenituræ vendere nõ potuisset, nisi illud proprio iure habuisset: quia ea vera venditio non fuit, sed quasi in pœnam ignauiæ pro valida habita: sicut & non recte huc affertur ius repræsentationis: vel quia ius illud fictione quadam iuri subnixum temere extendi non debet: vel quia vt iam dictũ ius illud primogenituræ vtpote mere personale, transmissibile non videtur: vel denique quia ad hunc effectum ius primogenituræ iure ciuili inductum est, vt ne excludatur nepos in concursu, non autem vt æque vicinum vel viciniorem excludat.

Nihil vetat quo minus idem, &c.] Duplex hic quæstio implicari videtur. 1. an quod aurea Bulla dec sum est in persona electorum, vt nepos ex primogenito præferatur, etiam locum habeat in aliis principibus vel ducibus. Et quidẽ si tantum ex aurea bulla decisio huius quæstionis petenda esset, argumento à contrario sensu colligi possit, quod specialiter statutum est in electoribus, in aliis principibus non obtinere. Verũ solet hoc ex rationibus defendi politicis, eoque in quocunque principe obtinebit: de quo *Lips. lib. 2. monit. polit capit. 4. Marian de regno lib. 1. c. 4. Gregorius Tholosanus lib. 7. de repolit capit 10 A Knich. d Saxon priu. non prouiverbo. Electorum c. 3.* apud quos & nepotes & patrui prælati extant exempla. Sed altera hinc depẽdet quæstio, quod admissa prælatione siue nepotis siue primogeniti, cæteros fratres liberosque excludi consequetur cuius sane contrarium fere in Germania obseruari videmus: quam obseruantiam licet post alios Politicos improbet Bodinus, quod ita & familiæ vilescant, & principatus quasi discerpti infirmiores, aliorumque inuasionibus opportuni reddantur, nec ratio inter ipsos fratres aut certe horum successores ipsis exitiosæ & perniciosæ contentiones & bella exardescãt; habet illa tamẽ hanc rationem, quod licet prærogatiua quædam primogeniti admitti possit, vt tamen illo solo admisso ceteri excludantur, rationi æquitatis & iustitiæ omnino aduersari videtur.

DISPUTATIO XX.

DE MVTVO, SCto MACEDONIANO.

Respondente.

WOLFGANGO GOTWALT Freistadia-Silesio.

THESIS I.

LIT. A.



Ta vt exigi possit.] Videlicet in verbi, *creditoris* significatu potentiori: ceteroquin obligatio omnis præsupponit debitum, est autem obligatio etiã naturalis, ex qua solutum retineri, quæ nouari, ex qua debitum constitui, compensari, cui pignus & fideiussor accedere potest. *l. 7. & l. 16 §. D. de fideiuss. l. 10 de ob. & act. 10. 6. de compens. lib. 3. de const. pet. l. 1 de nouat. l. 127. de v. o. § 1. I. de fideiuss.* quorum respectu effectuum, etiam qui naturaliter obligatus est, debitor adeoque alter creditor dici potest.

LIT. C.

Συνάλλαγμα.] *Arist. 5. Eth.* hoc verbo latius vtitur, vt etiam delicta comprehendat: & proprietate verbi eiusmodi negotium notatur, in quo hinc inde aliquid datur vel fit, vel de aliquo vicissim dando aut faciendo, tractatur.

In qua contractus synecdochice.] Ita nimirum est, vt verbum contractus in ea L. specialissime sumatur, quippe cui stipulationes & mutuum opponuntur à ICto: quod solum satis esse potest, ad confutandum Goedd. qui contra verba & mentem ICti, definitionem ita vult esse generalem, vt omnes omnino contractus, etiam stipulationem & mutuum contineat: de quo etiam *sub disp. 6. thesi prima.*

Placet definitio contractus.] Probat hanc definitionem contractus, quod sit conuentio cũ causa. & verbum *causa* ita explicat, quod significet negotium per se, & sine adminiculo iuris efficax ad producendam actionẽ. Vbi initio intelligendum erit adminiculum speciale, & quasi essentiale: quod alias omnes contractus generaliter confirmati sint à iure ciuili: qui tamen negotiũ tale in se habent, propter quod apud omnes gẽtes recipi meruerint: Deinde explicatio illa & descriptio verbi, *causa* definitionem definito angustiorem facere videtur: quia vt nullum tale negotium in contractibus consensu constantibus apparet, aut etiam negotium erit in quibusuis pactis nudis, quæ ex communiori sententia Dd. ex ratione iuris gent ad actionem sunt efficacia; nisi hic ipsum obiectum, de quo contrahitur aut contrahendi modum, aut necessitatem illorum contractuum causæ loco ponere velis. Amplius nec stipulationi ita conueniet hæc definitio: quoniam omnis vis stipulationis, ex qua descendit actio, est a solemnitate verborum, quæ sane merum iuris ciuilis est adminiculum: & igitur alia quærenda fuerit explicatio verbi, *causa* siquidem hæc definitio defendi debet. Sunt, qui contrario plane modo, causam accipiant pro adminiculo legis: quos adhuc minus probandos censeo, quoniam hoc est mere accidentale; etenim fatendum est, esse quiddam in plerisque vtique contractibus, quod actionem dari suadeat: & vero causa significare videtur quid internum, quod contractibus insit non aliunde accedat: & ita differentia contractus sumeretur à posteriori, nec minus omnia pacta legitime esse contractus, quod repugnat vsui iuris & refutatum est supra disputatione 6. Et omnino & appellatio & essentia contractuũ est à iure gentium. Plane ICti verbo *causa* vti solent, vbi de innominatis contractibus agunt, & per illud intelligere dationem aut factum, quod actionem danti vel facienti concedi suadeat: de quo etiam actum est supra disputatione sexta: th 1.

Et si contractus accipitur.] Cum dicitur, ratione contractus nos forum sortiri, pro eiusmodi conuentione contractum sumi, quæ sit efficax citra iuris adminiculum, simpliciter verum esse non potest, exemplo & argumento pactorum legitimorum: quorum respectu cum proculdubio forum quis sortiatur, his tamẽ definitio Tr. non competit, quoniã cum hic sola lex sit causa producẽdæ actionis, citra cõtradictionẽ dici non poterit tale illis inesse negotium, quod citra adminiculum iuris producat actionem Vtique cum ex contractu forum sortiri dicimur, nomine contractus quælibet conuentio actionem producens venit, adeoque hodie etiam quoduis pactum nudum, ex quo hodie actionem dari receptum est: neque tamen propterea pacta nuda contractus effectos esse quisquam facile dixerit.

LIT. D.

Iuris gentium.] Hinc improbat distinctionem Dd in naturale, ciuile & mixtũ. Quæ ratio non concludit: vel quia qui mutuum aliquod ciuile statuit, omne mutuum ex iure gentium esse, adeoque antecedens negabit: vel quia fallacia committitur homonymiæ, quod diuersis modis contractus aliquis iuris ciuilis dici potest, vel denique quia vtcunque mutuum iuris gentium sit, speciem tamen aliquam à iure ciuili potuisse adijci, absurdum non est, quod exemplo seruitutis, testamenti, &c. confirmari potest: quomodo etiam emptio, quo casu de essentia requirit scripturam, iuxta *l.17. Cod. de fide instrum,* recte ad ius ciuile referri potest. Cæterum ego superstitiosos esse existimo, qui distinctiones eiusmodi docendi causa repertas ferre nequeunt. Nimirum mutuum naturale Dd. appellant, vbi quis pecuniam suam nomine suo numerauit, quod ipsi verum & purum mutuum esse fatentur. ciuile in quo reuera numeratio nõ interuenit, velut vbi quis spe numerationis sequuturæ pecuniam se accepisse confessus est, mixtum duplex faciunt, naturale, cui cooperatur ius ciuile, & vicissim ciuile, cui cooperatur natura. Illud vocant cum ab alio meo nomine pecunia numerata est, quia licet numeratio interuenerit naturalis, quod tamen mihi actio acquiritur, *l.9. §. 8. h. tit.* ex iure ciuili est Hoc appellant, vbi quis pecuniam vel acceptam, vel mox numerandam, stipulanti se redditurum promisit, de quo casu *l. 9. §. vltim. & l. sequentibus de nouat.* Plane cum hoc casu posteriori mutuum quadam nouationis specie in stipulationem deducatur, & vt Zasius loquitur *in l. 2. §. 3. numero 16. hoc titulo.* mutuum vi stipulationis quasi contegatur, imo ex sententia ICti *in dict. leg 6.* numeratio implendæ stipulationis causa fieri intelligatur, effectu iuris inspecto contractus iste pro mutuo habendus non erit. Porro cum mutuum numeratio constituat, ex eo quod actio alteri quæritur, species variari non videtur: vt ita remoto mutuo mixto & vtraque eius specie, tantum

tum superſit mutuum naturale & ciuile : quas tamen ſpecies rectius ſub nomine veri & præſumpti mutui proponi arbitror : quoniam licet re vera pecunia numerata non fuerit, attamen creditor pecuniam numeratam intendit, & ſi ante biennium agat, numeratam eſſe probare cogitur *l.3.& 5.C.de non num.pecun.* de quo mox pluribus th. 2.

Lit. E.

Vbi recte probat contra quoſdam] Conſtat vtiq; actionibus quibuſdam additam fuiſſe formulã, *ex bona fide*, quibuſdam non additam, vnde illas bonæ fidei dictas, & inde etiam appellationem hanc ad ipſos contractus tranſlatam fuiſſe, probabile videtur. de quo *Balduin. & Hottom. ad §. action Inſtit. de action.* Equidem effectus argui ſuam cauſam, & ipſa diuerſitas contractuum, diuerſitati formularum cauſam dediſſe videtur, vt non male diſputat *Gædd. d contrah ſtipul. cap 8. concluſ. 1 num. 8.* & probatur arg. eius, quod de contractibus conſenſu conſtantibus traditur *in l. 2. in fin. de oblig. & act. & inſ. Inſt. d. obligat. ex conſ. alterum alteri obligari in id, quod ex æquo & bono præſtari oportet* : attamen ex his conſequitur, hac ipſa appellatione bonæ fidei contractus iſtos primo appellatos fuiſſe cum præſertim effectum illius diuerſitatis in iudicio præcipue apparuiſſe conſtat. Et igitur ita ſtatuo, quod contractuũ quidem natura cauſam dederit prætori, vt verba, *ex fide bona*, formulæ inſereret, cæterum ab iſta formula contractus iſtos poſtea hanc denominationem accepiſſe : quomodo ſane paſſim in iure contractus appellantur, velut, vt ex innumeris aliquot loca notemus. *in l. 13. C. de pact. l. 1. C. de reſcind vend. l. 11. C. locati. l. 3. C. de reb. cred. l. 3. C. ex quib. cauſ. maior. l 3. C. in quib. cauſ. integr. reſt. l 21. §. 4. quod metus cauſa. l. 32. §. 2. de vſur l. venditor. comm. præd l. 22. de donat.* Illud ſane minus probo, quod Gædd. cit loc. differentias iſtas, ſubſtantificas & eſſentiales contractuum qualitates eſſe contendit : vel quia diſtinctio hæc vtiq; quoad pleroſque effectus à iure ciuili potius eſſe videtur: vel quia pleræq; differentiæ non à forma interna fluere, ſed in præſtantioribus quibuſdam conſiſtere videntur: & ita Iuſtin. *in l. vn. C. de rei vxor. act.* ſtipulationem dotis, accõmodando ei præſtationes bonæ fidei actionũ, ipſam bonæ fidei effecit : de quo alibi pluribus.

Lit. F.

Quantitate.] Controuerſia hæc eſt, an etiam res quæ pondere & menſura conſtare dicuntur, quantitatis appellatione veniant : quod cit. loc. negat Zaſ. hac ratione ; quod illæ demum res quantitates dicantur, per quas res aliæ, quantæ ſint oſtendatur. Sed videndum eſt, an non vitioſa ſit hæc ratio : quoniam aliud eſt, dici quantitatem ; aliud, per quod res quanta ſit, cognoſcitur, neque adeo hoc reſpectu tantum pecunia quantitas dici poteſt, ſed magis, quod non tam ſubſtantia ſiue materia eius ſed valor in conſiderationem hic venit, & ita mutuo dantur, quatenus adnumeratur, vt tantundem non idem reſtituatur, quæ conſideratio etiam ijs, qua appenduntur & menſurantur, recte accommodatur.

Qua hac eorum ſimilitudo.] Pertinet hoc ad explicationem *l. 2. §. 1. h. t.* vbi dicuntur hæ res recipere functionem in genere ſuo : quia ſcilicet vna alterius vice ita fungitur, vt alia ſpecie reddita, idem ipſum quod acceptum eſt, redditum videatur, *v. Goth. add. i Duar. 1 diſp. 14. Robert. 3. ſent. 14. Iac Curt 3. quæſt. 30. Licl. 7. memb. 14. Hottom. diſp. I. C. de vſur. c. 2.*

Male ergo Accurſ.] Quæritur, an in panibus conſiſtat mutuum : quod ſimpliciter affirmat Treu licet non ad pondus dentur, quoniam numerari poſſit. Quæ ratio vitioſa eſt, quod ita in quibuſuis fere rebus mutuum conſiſtere efficeretur. Enimuero hic numero conſiſtere dicuntur quorum quaſi quantitas numerando determinatur. Et facit iniuriam Bartholo, qui cit. loc. diſtinguit an panes habeant limitatam quãtitatem an ſecus : illo caſu non vero hoc ſine alia ponderatione panes mutuo dari poſſe. Quæ ſententia veriſſima eſt.

Lit. G.

An ergo non erit mutuum.] Affirmat mutuum eſſe, ſi eoſdem nummos, cum ijs nõ indigerem, reddidero Quæſtio hæc plane ieiuna eſſe, & fere dubitandi ratione carere videtur : ſiquidem factum infectum fieri, & quod idem nummi redduntur, efficere nequit, quo minus mutuum recte fuerit contractum. Dixerim plane, ijſdem nummis ſtatim redditis, potius à mutuo abiri, & re in contrarium acta diſſolui contractum, non ſecus ac ſi rem commodatam, qua non indigebam ſtatim reſtituero.

Eadem ratione.] Eiuſdem fere farinæ iſta quæſtio & aſſertio eſt, mutuum eſſe, ſi alterius generis res reddatur, quia vtiq; hoc facere nequit, quo minus ab initio recte contractum mutuum dicatur Et nimirum alia ratio eſt conſtitutionis contractus & ſatisfactionis poſtea ſequentis: ad illam quidem ſubſtantialia contractus concurrere

nullam mentionem huius obligationis faciunt, cum tamen species hæc obligationis illo tempore non fuerit ignota, quod probatur ex inscriptionibus *l. 1. 2. 3. & seqq. C. de non numer pecun.* longe enim ab hac diuersa est, quam obligationem literarum appellat *Caius lib. 2. Inst. tit. 9. §. 12.* Accedit quinto quod ipse Iustin. *in fin. tit. de liter. obligat.* tempus se coarctasse ait, ne fortassis creditores pecunijs suis defraudentur; adeoque præsumi has numeratas, necessario consequitur. Facit denique, quod Dd. quos sequitur Treutl *hac thes. lit C. in fin.* etiam tum huic exceptioni locum faciunt, vbi quis citra vllam scripturam coram testibus pecuniam se accepisse, confessus est. Et est igitur hæc obligatio non ex literis, sed ex Præsumpto mutuo, quod pecuniam numeratã esse & intendere & ante biennium probare oportet *l. vlt. C de condict. ex lege l. 3. C. de non numer. pecun.* quod diserte probat *l. 5. C. d. tit.* vbi hoc casu dicitur peti, quasi credita pecunia. Ita dico, ex præsumpto mutuo, quatenus debitor negando numerationẽ rem dubiã facit: cæterum si respicias intentionem creditoris, ex vero mutuo est. Et consequenter fatendum est, quod hæc obligatio à Iust. abusiue & impropriè & ping. iori Minerua ex literis appellata sit: quatenus scil. cõsideratur numeratio non facta, quo præsupposito agente creditore debitor qui nihil reuera accepit, quasi ex literis conueniri & condẽnari videtur. Et nullius momenti est quorundam replicatio, quod hæc exceptio non numeratæ pecuniæ post biennium objici non possit, adeoque tum obligatio vtique esse incipiat: quoniam etiam post biennium eodem modo pecuniam numeratam esse creditorem intendere oportet: tempus non est modus introducendæ obligationis, & vbi vera obligatio est die aut cõditione non dilata vel suspensa, statim nascitur actio: & alias sequeretur, in causa *l. 14. §. 2. C. de non nu. pec.* vbi exceptioni ista triginta dies præfiguntur, post illos 30. dies demum nasci actionem. Et vero Post biennium non ideo excluditur hæc exceptio, ꝙ tum demum noua nascatur actio, sed quod præsumptio numerationis, quæ initio infirmior est, autoritate legis decursu biẽnij ita firmatur, vt necessitate soluendi creditor astringatur: quod merito ideo receptum est, ne creditor semper esset in suspenso, nec debitor perpetuo probationem numerationis factæ creditorem poscere, & contra propriam confessionem venire possit. Atque hæc ex parte subolivisse videntur *Conan. 1. comment. 6. num. 11. Forcat. dial 71 in princ.* Et ex his corruunt disputationes Dd. quas attingit *Cyn. in l. 14. n. 4. C de non num pe.* quænam creditori actio detur, an actio præscriptis verbis in factum, an condictio ex lege, & ex qua, an *ex d. l. 12* an *ex tit. Inst de liter. oblig.* an *ex l.* quadã antiqua Græca, quam somniauit Petrus. Imo simpliciter dicemus, agendum condictione certi tanquam ex mutuo *per d. l. 5. C. de nõn pec ibi, quasi credita pecunia petitur.* Corruit & illa disputatio, quam mouet *Fach. 2. contr. 87.* qualisnam hic oriatur obligatio, an naturalis & ciuilis simul, an ciuilis tãtum. Reuera nulla obligatio est, sed vt sæpe dictum, præsumptiue, naturalis & ciuilis obligatio est.

Quid sit procurator.] ait dominum teneri ex confessione procuratoris quia scripsit, se pecuniam mutuam accepisse. Atqui regulare est, vt ex conuentione procuratoris nec obligatio nec actio domino quæratur, & vice versa non dominus, sed ipse procurator obligetur. Qua de causa etiamsi pecunia procuratori numerata fuerit dominum obligari negabo: huius tamen contrarium tanquam pro certo ponit Zas. allegatis locis, & inde etiam ex confessione dominum obligari concludit. Quam sane consequentiam, quod vtrobique eadem ratio, & vt ante dictum hoc casu præsumpta numeratio, facile admitto, sed antecedens nego: neque enim ex eo, quod ex numeratione alterius nomine facta illi actio quæritur, ex confessione alterius alium obligari posse vllo modo sequitur: tum propter diuersitatem illorum actuum, numerationis & confessionis, tum quod non vt conditio alterius melior, ita quoque vice versa deterior fieri potest. Plane in procuratore improprio, qui tantum ministri & nuntij vice fungatur, in Treut. sententiam descendo.

LIT. C.

Probare volenti semper.] Exceptionem hanc non numeratæ pecuniæ etiam post biennium admittit, si debitor onus probandi in se suscipere velit. Vbi notandum posita literarum obligatione, eaque Post biennium præsertim efficaci sententiam ista manifesto absurdam esse, quod vbicunque exceptioni huic locus sit, nulla obligatio ex literis statui possit: quia perfectæ in sua specie obligationi, exceptio quæ aliud genus contractus concernit, objici non potest. Certum ex vera & paulo ante probata sententia, ista opinio non omnino videatur absurda, & quæ specioso æquitatis prætextu nitatur:

[...] d non satis conuenit generalibus textib. iuris, qui elapso biennio omni modo exceptionem illam præcidunt & excludunt, *Iust. in fin. de liter. obl. l. 8 in fin. & l. 14. in pr. C. de non n. pec.* Scio quidem a Dd. loca ista ad ordinariam opponendi rationem restringi, qua scil onus probandi reiicitur in creditorem: sed haud scio an ratio illa altera proponendi exceptionem hanc iure nostro probari possit: quamuis dici possit ideo textus illos de prædicta opponendi ratione commode accipi, quod regulariter negantis numerationem factam, nulla sit probatio: cæteroquin Dd. non patrocinatur *l. 13. C. non num. pecun ibi, nisi ipse è contrario per apertissima, &c.* tum quia ibi agitur de probanda qualitate, quod ex alia causa, & in alium modum obligatio contracta fuerit: quæ affirmatio est, non vt in nostro casu negatio: tum quia nullum ibi tempus præfixum hic autem ideo biennium indultum est, vt non tantum exceptio, sed etiam contestatio & condictio proponi possit. *l. vlt. C. de condict. ex l. 5. C. si certum per.* vt adeo merito post tempus illud debitor negligens & ignauus non debeat audiri. Attamen & hic replicari possit pro Dd. quod nihil interesse possit affirmatiua, an negatiua probanda sit, vbi ad huius probationem reus se offert, cui videndum est quomodo illam probationem impleat. Sed & difficultate & onere probationis negligentia illa quasi coercetur, & æquius sane est, probationem hanc audiri, quam per iniuriam debitorem condemnari. Et ideo magis probo sententiam Dd. quam etiam bene confirmat *l. 25 §. vlt. inf. d. proba.* Adnotare hic libet errorem Forcat. *dial. 75.* vbi etiam creditorem ante biennium agentem probatione non onerari contendit, contra expressos textus *in l. 3. & 10. C. de non num. pec.* quos ille plane diuinatorie & inepte restringit ad cautionem indiscretam siue informem, cui causa debendi inserta non est. Neque mouet ipsius ratio, quod præsumptio sit contra debitorem, qui pecuniam se accepisse scripsit: etenim probatio imponitur creditori, ideo quod reus negans ex ratione certa non possit grauari onere probandi, quod docet *d. l. 10. C. de non num. pec.*

Quod multo magis.] Ex æquitate Iuris Canonici multo magis ait esse perpetuum, quod creditor non numeratā pecuniā exigens, vix possit esse sine mala fide. Atqui imo necessario est in mala fide, nisi forte hæredem proponas. Certior ratio est, quia probaturū, pecuniā sibi ex cōuentione numeratam non esse condemnari, iniquum est.

Imo exceptio hæc.] Statuit Tr. cum Gomezio etiamsi in præteritum quis confessus sit, & ita ex antecedenti causa, huic exceptioni esse locum. Cui sententiæ obiicitur *l. 13 C. de non num pec.* ad quam respondet ibid. Cynus: esse eam accipiendam de aliis causis extra mutuum. Sed vix apparet sufficiens differētiæ ratio: & ideo ibi aliorum contractuum mentio fieri videtur, quæ in his confessio de debendo non nisi ex antecedenti causa fieri potest. Et cum alias odiosa videatur hæc exceptio, vt creditor contra scripturā propriam debitoris probare cogatur, nolim eam facile extendere. Cum etiam ratio, in qua hæc exceptio fundatur, quod credatur quis spe secuturæ numerationis confessus esse, in hoc casu omnino cesset. Et proinde malim sequi contrariam opinionem, quæ præsertim est communis, vt apparet ex citatis *à Gomezio & Andr. Fachin. 2. contr. 83.*

Adeo vt ne statuto quidem.] Duplex quæstio est. 1. de statuto certas tantum exceptiones admittente, 2. de instrumento paratam executionem habente, quod appellant guarentigiatum: de illa agit. *Fachin. 2. controuers. 84. de hoc Gomes. variar. resol. 6. num. 3.* illam affirmat Tr. nihilominus huic exceptioni esse locum cum Fachin. qui hac vtitur ratione, quod lex chirographum spe numerationis sequututæ datum esse præsumat. Quæ ratio falsa est, quia ita præsumeretur numerationem non esse factam, contra expressam debitoris confessionē, pro qua potius præsumendum est. Et quod creditor intra biennium probare tenetur, nō hanc rationem habet, quod contra eum præsumatur, sed quia propter naturam negationis debitori probandi onus imponi non potest, quod docet *l. 10. C. de non num. pec.* & aliâs si lex ita vt Fachin. putat, præsumeret, hanc exceptionem perpetuam fecisset. Eoque contraria sententia probabilis videatur, quod quisquè eiusmodi statuti gnarus cum esse debeat, chirographum eiusmodi non debuerit dare: nisi forte quis ita statutum explicet, quod tantum excludere voluerit exceptiones moratorias & numerationem factam præsupponat. Quæ etiam ratio in altera quæstione patrocinatur affirmatiuæ, quam etiam tuetur Cyn *in l. 14. C. de non num pec q. 14.* quæ tamen ita fuerit limitanda, nisi ex notario aut testibus instrumento adhibitis probetur, debitorem eo tempore, quo instrumentum conficiebatur, nihil de nondum facta numeratione protestatum fuisse: quo probato nullo modo reum admitterim

ferim ad hanc exceptionem.

Imo ne ei quidem] Ei quoque hanc exceptionem concedit Tr. cum *Fach. 2. contr 85.* qui coram testibus pecuniam se accepisse cōfessus est. Quam sententiam nō puto admittendam: quoniam nemo tam fatuus esse præsumitur, vt citra vllam mentionem nondum factæ numerationis, coram testibus pecuniam accepisse profiteatur: in quo manifesta diuersitatis ratio a chyrographo: ideoque tali debitori negandam hanc exceptionem defendam, nisi creditorem doli mali, quod ipsi persuaserit dissimulare numerationem nondum esse factam, conuincere possit.

Imo nec inter mercatores quidem.] Vix etiam ratio hic dubitandi apparet: neque enim hæc exceptio inter eas referri potest, quæ de apicibus iuris esse dicuntur, & quas in foro mercatorum non admitti vulgo receptum est. Hanc autem obligationem à mercatoribus originem traxisse quod Tr. ait, non satis probari posse existimo: quod cum ista obligatio, si modo ita vocāda est, sit antiquissima, olim negotiationes tam frequentes, & adeo multi mercatores, fuisse non videntur: & dixerim potius, fraudes fœneratorum huic exceptioni causam præbuisse.

THESIS III.

Ponitur hic pugna quæ est inter *l. 15. h tit. & l. 34 mandati* in ea specie, si inter dominum mandantem & procuratorem, qui illi ex causa mandati pecuniam debeat, conuenerit, vt pecunia credita esset, an mutuum contractum videatur? quod affirmat *Vlpian in d. l. 15. negat African. in d. l. 34.* Communiter distinguunt Dd. an procurator ille pecuniam habuerit paratam, de quo casu accipiunt *dict leg. 15* an non habuerit paratam: quod non displicet *Conan. 7 com. 1. n 9.* Sed *Coras. 6. miscell. 16.* in responso Africani tria expendenda existimat, quod per epistolam inter absentes pactum sit, quod solus procurator epistola in id consenserit, & quod vsuræ pacto promissæ fuerint: quod natura mutui non admittit. Verum absentia nec fictionem breuis manus impedit, & pactum æque inter absentes & præsentes fieri potest. Cæterum *Robert. 2. sent. 4 ad conciliationem harum ll.* inter procuratores distinguendum existimat, an sint nudi ministri pecuniæ exigendæ constituti, an procuratores veri, de illis accipit responsum Vlpian. de his Africani: neque deest differentiæ ratio, quod pecuniæ illis traditæ dominium nobis acquiratur, quod in his secus sit. Et sane si honori Iustin. consultum volumus, qualis etiam conciliandi ratio admittenda est: cæterum. ICtos hac in re inter se dissensisse, plane mihi persuasum habeo: quippe quod ab Africano rationes duę quibus Vlpian. mouetur, expresse improbentur & refutentur: quarum prima est: si pecunia mea penes te deposita nudo pacto mutua fieri potest. *l. 9. §. vlt. cum. l seq. h t.* poterit etiam ea, quæ ex causa mandati penes te est, nudo pacto in mutuam pecuniam conuerti. Respondet Africanus reddita differentiæ ratione, quod illo casu pecunia mea sit, non autem hoc 2. Si in duabus personis recipitur vt pecunia quam debitorem meum alii soluere iussi in mutuum vertatur, etiam in ead persona recipi poterit, Respōdet African. quod illo casu receptum benigne est, ad consequentiam non esse trahendum.

LIT. A.

Vbi tamen male statuit.] Reprehendit Cuiacium statuentem, quod hodie ex qualibet causa nudo consensu mutuum contrahi possit. Atqui Cuiac. hoc statuit ex ratiocinatione Afric *in d. l. 34. mandati.* cuius sc. hæc connexio est, quod si eo casu ex causa mandati mutuum contrahi diceretur, ex omni contractu nuda pactione creditam pecuniam fieri posse sequeretur. Atqui, vt subsumamus, ex sententia Vlpian. *in l 15. de reb credit* ex causa mandati nuda pactione mutuum contrahitur: & ergo iudicio Africani nuda pactione ex quacunque causa mutua pecunia fiet Sane nec Vlpian fortassis generalē istam conclusionem admiserit, eoque in collectione Africani consequentiam negauerit: & vero ita generaliter istud non obtinuisse, colligitur *ex l. 6. C h. t.* licet ibi non proponatur expresse hoc actum, vt pecunia in causam mutui conuerteretur, sed tantum scriptum pecuniam mutuam esse: quod sane veritatem rei mutare non potuit. Cæterum cui ridere libet, videat conciliationem istorum locorum traditam *à Licklam. 2. membr. 1.* ista enim charitatis illinire piget.

LIT. B.

Obiter pro consectario.] Non puto hoc recte ex prioribus deduci, quod res æstimata recte detur, vt mutuum contrahatur: siquidem ille casus de fictione breuis manus est, & de pecunia numerata, adeoque ab hoc diuersus. Cæteroquin sententia illa probatur *ex l 8 C. h tit.* & amplius Vlpian. scribit, si res vendenda data sit, vt pretio redacto vti liceret, mutuum contrahi *l. 11. in pr. h. t.* Cui tamen repugnat responsum

eiusdem Africani *in d.l. 34. in fin. princ. mandati.* quam pugnam ibid. notat Cuiac *tract. 8 ad African.* & *Ant Fab 3 coniect 19.* Frigidum enim est, quod Dd fingunt *in d. l 34.* non fuisse ita rem vendendam datam, vt pecunia vti liceret. sed vt pretium redactũ prius ad se referetetur *Bart.* & *Zas in d.l* 11. Commentitium etiam est, quod *Robertus 2. sent 5.* hariolatur *in l.* 11 rem venditam fuisse nomine dantis, sed *in l. 34.* nomine proprio. Hæc quidem ita dici possunt, siquidem conciliandi sunt textus: cæterum perspicuum est, alijs rationibus Vlpianum & African. motum fuisse: quod ille fictionem breuis manus facilius ad alios casus extendit, quod Africano displicuit.

THESIS IV.

LIT. A.

Qui & consentire.] Generalissimum hoc cum sit omnibus conuentionibus, non satis bene hic ad mutuum refertur, quod præsertim per traditionem contrahitur, & translationem dominij requirit. Et ergo satis erat dixisse. qui dominiũ & administrationem habent: hi enim vtique & consentire possunt.

Hinc dissensus circa causam.] Cum dixisset recte mutuum dare qui consentire possunt, infert inde in allegat. non transferri dominium, si circa causas dandi & accipiendi interueniat dissensus. Quæ illatio vitiosa est non tam quod à particulari non recte infertur vniuersale, cum hic de mutuo tantum agat, textus autem *in l. 36. de acquir rer dom.* generalis sit, quam potius quod diuersissima sunt, personas non posse consentire, & dissentire in causis vt apparet *ex d. l. 36 de acq. rer. dom.* cum etiam ex ipsius Tr. sententia transeat hoc casu dominium, quod transire non potest, vbi ratione consensus persona inhabilis est. Sed nimirum Tr captauit occasionem proponendi pugnam inter *l. 36. de acq. rer. dom* & *l. 18. in pr. h tit* quam ita componit, vt verba *d. l. 18. accipientis non fieri,* ita explicet, non fieri perfecte, quominus nummi repeti possint. Quam conciliationem non probo 1. quia ratio decidendi *in d. l* 18. sumitur a defectu tituli. quem scil. impediat dissensus & error, sine titulo autem dominium transire nequit. *l nunquam 31. de acquir rer. dom.* 2. quia ex eo quod ICtus *in d l.* 18. consumptis nummis condictioni locum esse scribit, efficitur, vt extantibus nummis vindicationem competere fatendum sit quod dominio translato etiam extantes nummi non nisi per condictionem repeti potuissent. & adeo apparet cõsumptione demum accipientem dominum factum, ante dominum non fuisse. 3 quia hoc quidem in iure legimus, alicuius fieri dici, sed reuocabiliter, vt in materia fructuum: atquin aliquando dici aliquid alicuius non fieri, vt tamen dominium transeat, nullo iuris loco probari posse existimo Et longe diuerso sensu *in l. 38. §. 3. de solut.* seruus solutus non dicitur perfecte factus accipientis: quoniam videl. propter incertum euentum conditionis vel statu libertatis debitor perfecte liberatus videri non poterat Frequentius distinguunt, an causa debiti præcesserit, necne, quod post Accurs. sequitur Zas. *in d l. 18.* Alij inter obligationem constituendam & dissoluendam distinguunt. *Bart. in d. l. 18.* quam distinctionem Aretino tribuit *Charondas 2. verisim cap. 2.* vt scilicet ad posteriorem casum referatur *d. l. 35* & verba eius, *tu eam quasi creditam accipias,* ita accipiantur, vt scilic. accipias eam tanquam antea à te creditam, & iam solutam: licet haud sciam, an hoc satis sit ad mentem ICti, & forte hic quoq; pugnantes sint opiniones, quas Treutl. & alij frustra quæsitis coloribus conciliare nituntur, quod vitium ipse th. præc. in casu simili alijs imputat.

Nummi repeti possunt.] Eod. modo paulo post hoc eod verbo *repetendi* vtitur. Atquin explicandus erat modus repetitionis, & genus actionis, qua nummi repeterentur, an sit condictio, an vindicatio. Et iuxta præmissa vindicatio cõcedenda est, quia de casu extantium nummorum hoc proponitur, cum in casu nummorum consumptorum ICtus det condictionem.

Repetenti vero domino.] Dicere debebat, condicenti, quoniam de consumptis nummis quæritur. Et probo hanc sententiam contra Accurs. & Bart. quod extantibus nummis non possit dominus excludi exceptione, quippe quod hoc casu vindicatio datur. quæ fundata est deficiente iusta tradendi causa: consumptio autem bona fide vtentem dominum cum faciat, simul æquitati exceptionis huius locum facit: qua de causa non satis accurate dicitur repetenti domino exceptionem obstare: quoniam ipsa natura condictionis actorem dominum, non esse ostendit. Et hoc tamen, quod exceptio obstare dicitur, referendum est ad casum qui proponitur *in d l. 18 in prin. h. t* quo pecunia donandi causa data est & tanquam ex mutuo accepta. Quod si enim inuertas casum, & pecuniam mutui causa datam tanquam donatam acceptã proponas, minime exceptio condicenti obstabit.

LIT. B.

Quia annui erant] Vbi magistratus perpetui sunt, cessare putat sententiam *l.3.h.t* qua præsides mutuam pecuniam dare, & fœnus exercere prohibentur. Verum dubium facit ratio ab ipso Tr. ex Salic. mota, quod cum ratio prohibitionis dependeat à præsumpta impressione terroris, eadem in perpetuis magistratibus militat: *& l 3.C.h.t.& l vn §. 2. C de contract. iud* indistincte loquuntur. Quin sub principibus non semper annui erant magistratus, sed sæpe continuos aliquot annos in prouinciis relinquebantur, quod magis sub Impp. posterioribus, maxime Constantinopolitanis & vel præcipue Iustiniano, vt diuturniores essent magistratus prouinciales obseruatum videtur: qui tamen cum textus illos prohibitiuos Corpori iuris inseri fecerit, inde de eius sententia iudiciũ fieri potest. Neque obstat, quod *in l. 34. h t.* cur officiales fœnus exercere possint, hęc ratio redditur, quia perpetui sint. Etenim fatendum est, istã rationem non esse perpetuam nec adæquatam, (tempore autem ICti, quo prouinciales magistratus regulariter annui erant, satis conueniens fuit) sed hãc potius, quod cum perpetui sint, & decedente etiam præside in prouincia maneant, cessat impressionis ratio, quia à successore imo ipso decessore coerceri, & si quid peccassent, cum & ipsi prouinciales essent, poterant puniri: alias in officialib. vnà cum magistratu discedentibus eandem fuisse rationem docet *d l.vn. §. 3. Cod. de contr iud.* Neq; adeo durum est, hoc genus commercii magistratui cum subditis interdictum esse, cum etiam causa cognita hoc à principe impetrari possit.

THESIS V.

LIT. A.

Ipsa ciuitas vt priuatus.] Tribus modis ciuitas cõtrahere posse videtur 1. per syndicos, quibus rei pecuniariæ cura commissa est 2. per eos qui ipsam rempublicam, constitui à populo repræsentant 3. si ab ipsis tribubus plebis in vnũ conuenientibus communi consensu contractus fuerit celebratus. Secundum quæ tres quasi gradus obligationis in ciuitate constitui posse videtur. Etenim primo casu leuius obligatur ciuitas, nimirum fere tãtum actione de in rem verso, quia vt docet Treut. hic. lit C. non potest creditor conuenire ciuitatem, nisi in quantum in eius vtilitatem versum esse probauerit. Secundo casu, vbi v. c. à Senatu contractum est paulo fortius communitas obligari videtur, vt etiamsi pecunia in eius vtilitatem versa non probetur, conueniri queat: vt tamen ei (quoniam Senatus nõ directo neque principaliter, contrahendi, sed administrandæ Reip. causa constitutus est) restitutionem ex causa concedendam esse existimem, *iuxta not sup. disp. XI th.7 inf* Tertio casu firmissime & citra restitutionis auxilium eam obligari vt priuatum: idque velle videtur *Castr. in l ciuitas 27. h tit n.5.* si ipsi populo mutuum datum sit, *post Br. ibid n.2. idemque Zas. ibid nu 11 & 12* quamuis illi duos istos casus, quos priores siue consules remp. repræsentantes, & quo ipse populus tributim contraxit, confundere, & tãquam vnum tractare videantur. Enim vero vtcunque non præcise omnes aut conueniant aut consentiant, & non longo post tempore iidem qui contraxerunt, non superfint: attamen quod à maiore parte conclusum est, omnes tenet, & subrogatio sapit naturam subrogati, & non personæ in indiuiduo, sed ipsæ potius tribus, in & ex quibus ciuitas consistet & constituitur, considerandæ sunt: quomodo de grege semper eodem manente disputant ICti: *de quo Hott. ill q 8.* & alias nemo vnquam cum ciuitate contracturus foret.

LIT. C.

Cum dixisset ciuitates non obligari, nisi quatenus in earum vtilitatẽ pecunia conuersa probetur, inde esse subiicit, vt perpetuo ciuitati cõpetat exceptio non numeratæ pecuniæ. Quæ mala est consequutio: quoniam recte Francisc. Ripa citatus à *Fach. 2. cont. 87.* (licet sine iudicio hoc improbet Fachin. & nescio quas nugas agat de exceptione non numeratæ pecuniæ, exceptionem non factæ versionis continente) diuersas esse tradit duas istas exceptiones, quod vltra contractus nullitatem respicit, altera eius validitatem præsupponit, & exceptio illa non factæ versionis, numerationem factam esse præsupponit. Et siquidem ciuitates non obligãtur, vbi in rem earum versum non est, exceptione numeratæ pecuniæ non indigebunt: sicut ex aduerso, vbi in earum vtilitatem versa pecunia est, nulla exceptione defenduntur.

LIT. D.

Ei quod proponit in th. ipsos administratores teneri, tres subiicit limitationes, nisi specialiter concessum sit, nisi consilium ciuitatis & nisi officiales cõtraxerint. Atqui duæ posteriores exceptiones de regula non sunt, quæ de administratoribus loquitur: eoque hoc referendũ erat sub lit. A. vbi ciuitas tãquã priuatus dicitur obligari

ligari: quod iuxta paulo ante notata accipiendum est. LIT E.

Condictionem ob causam dati] In casu proposito administratores non ex mutuo condictione certi teneri ait, sed condictione causa data. Mihi vero species ista condictionis, considerata eius natura, minus recte huc accommodari posse videtur: & fortassis contra Tr. defenderetur, recte ex mutuo istos obligari, ad instar procuratoris cuiusdam: idq; *in l. ciuitas 27. h.t. gl.* nō obscure probat, dum ait, ipsos accipientes principaliter teneri, eamq; opinionem communiter à Dd. probari fatetur *Castr. ibid. n. 5.* qui tamen diuersus abit, eo quod officium hoc sit necessariū. Et possit argumentum duci ab exemplo institoris *ex l. vlt. de inst. action.* aut fortassis distingui, an creditor ipsius administratoris, an solius ciuitatis fidem sequutus, & huius contemplatione pecuniam mutuatus fuerit: quo casu difficilius cōdictione certi tanquam ex mutuo conueniri poterit administrator. Quem fortasse casum respexit Tr. & cum fraus administratoris, pecuniam non in ciuitatis, sed in suos vsus conuertentis, ipsi prodesse non debeat, adeoque pecuniam ab eo exigi posse, ipsa ratio dictet, hoc respectu condictionem causa data proposuit, quod creditor, qui contemplatione ciuitatis tantum pecuniam dat, quasi sub hac conditione, vel potius in hūc finem dare intelligitur, vt administrator in vsus Reipubl. eam conuertat: quo non facto, quod opposita à ciuitate exceptione non versionis, constare incipit, merito tanquam cessante causa, propter quam dati fuerunt, administratori poterunt condici.

THESIS VI.

Hac quidem ita stricto iure.] Dependet hoc à th. 4. vbi eos tantum mutare posse tradidit, qui dominium & administrationem haberent.

Pupillus, furiosus, prodigus] Cum bona fide consumptos nummos proponat, necessum est, quod accipiens errore ductus non furiosum & non prodigū esse putauerit, quod & docet *l. 12. in pr.* eoque in pupillo, de quo tamen est textus *in l. 19. §. 1. h. t. & in §. vlt. Inst. quibus alien. licet.* difficilius hoc obtinebit, quod vix ignorari possit esse aliquem pupillum, error autem iuris patrocinium non præstat: quamuis verum sit, ignorātiam iuris prodesse ad excusandū à dolo, & fortassis quod dicitur, eum qui mala fide consumpsit, ad exhibendum teneri *d. §. vlt.* non excludit condictionis concursum, si quis mitiori via experiri velit: & in casu, quo nummi alieni mutuo dati sunt, etiam mala fide consumptorum, non nisi condictio esse posse videtur, quod dans non fuerit eorum dominus, & tentare liceat, simpliciter, consumptionem circa malæ vel bonæ fidei considerationem dominij acquirendi modū esse, *arg. l. pen. C. de condict. ex lege.* vbi contra malæ fidei possessorem, qui consumpsit fructus, condictio datur: & quod *in d. §. vlt.* actio ad exhibendum datur, hoc fit prætextu, ac si dolo desiisset possidere.

Mutuum conualescere.] Et ergo necessaria consequentia, dabitur condictio certi ex mutuo: adeoq; de hoc Tr. in allegatis non quærere, sed illud tanquam priori consequens proponere debebat: & Accurs. dum condictionem sine causa proponit procul dubio mutuum conualescere negabit: quem sequi videtur *Bald. in l. 2. h. t.* vbi ex generali æquitate agendum ait, & ibid. cum gloss. nimis subtiliter quam par est, disputat de defectu consensus & dominij. Etenim simpliciter ita accipiendus videtur ICtus, vt siue ob personam dantis, velut pupilli, siue qualitatem nummorum, qui sint alieni, accipiens dominus factus non fuerit, consumptione tamen vtrumque hoc vitium ita emendari, vt perinde habeatur, ac si illo casu qui dedit, administrationem, hoc dominium habuisse videatur, ad eum effectum, vt condictione ag posit, quam quidem posteriori quoque casu ei, qui alienos nummos dedit competere, probant hæc verba *l. 13. § h. t. si alienos nummos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris.* Ex quibus confirmatur Treutl. sententia, condictionem ex mutuo dari, quod etiam probare videtur *Castrens. in l. 11. in fin. h. t.* vbi simpliciter ait, consumptione mutuum conciliari.

Vbi eleganter inquirit.] Præmisit, consumpta pecunia conualescere mutuum, & ad hoc confirmandum adducit Cuiac. inquirentem, cur liberatio non contingat, nisi consumpta pecunia. Atqui aliud est de liberatione, aliud de obligatione per consumptionē inducenda disputare: quanquam verum sit vtrumque ab eodem pendere fundamento: Nimirum vt paulo ante dictum impeditur translatio dominij, vel quia soluens non habet administrationem, vel quia non habet dominium: hæc ratio iuris, quod vt mutuum contrahatur, vel liberatio contingat, necesse est, vt accipiens fiat dominus: quod cum numeratione sola fieri non possit, fit demum consumptione, quæ iuxta ante notata modus est acquirendi dominij *arg. l. 56. de fideiuss.* coque hoc

hoc operatur, atque si initio recta & statim dominium translatum fuisset: eoque porro in casu priori condictionem, in posteriori parit liberationem. Plane si causa soluendi inhabilis fuerit, etiam consumptis nummis, condictio est, velut si pupillus soluat, quod sine tutore contraxit, *l. 29. de condict. indeb. de quo inf. disp 22.*

Hoc quidem recte nisi cum Dd. Subobscurum est, quod hic de duplici condictione, quam Dd. statuant, proponit: sed puto hūc esse sensum, quod sententia Accursij condictionem generalem in hoc consumptionis casu concederetis, defendi possit, nisi ille cum Dd. condictionem certi ex mutuo, à condictione generali omnimodo separaret, & ita hoc casu, dum generalem condictionem concedit, condictionem certi ex mutuo negaret, *de quo infr. th. 10.*

THESIS VII.

LIT. A.

Puberes mentis compotes.] Hoc itidem ad locum communem de oblig. pertinet, & nihil hic istis speciale autem tantum in filiosfam. qui etiam solum excipiendus erat.

LIT. B.

In odium fœneratorum] Probatur *ex l. 40 in fin. pr. de condict. indebit.* concurrente tamen fauore patris *l. 1. in fin pr ad SCtum Maced.* ibi. *expectata patris morte*: quod quidem odio illi præbuit causam, adeoque in proponenda ratione impulsiua & inductiua huius SCti male omissum fuit: & *in d l 40.* opponuntur creditor & debitor, quod sc SCtum, contra quam accidit in Velleiano, nō respiciat fauorem filijfam. quippe qui ex omnibus causis tanquam paterfam. obligatur *l 39. de obl. & act.*

LIT. D.

Ex præmissis colligitur ratio, cur filiusfa. renuntiare non possit SCto, eaque duplex, quod Senatus creditores coercere & punire, & simul securitati patrum prospectum voluerit: in quod vtrumque cum nullum filio ius sit, frustra etiam renuntiat: cui consequens est, vt nec iuramentū quicquam hic valeat operari, vtcunque de effectu iuramenti ex iure Can disputetur: cum præsertim ratio ICti in hoc quoq; fundetur: ne ansa peccandi malis moribus præbeatur, *l. 1. in pr. ad SCtum Maced.* Possit quidem ita disputari, quod hæ corruptio morum insidiæ vitæ parētum sint ex accidenti, quæ mutuationem nec per se, neque necessario sequantur, cum præsertim filius præsumi non debeat, vitæ paternæ structurus insidias, quod alias præsertim in emancipato quoque SCtum locum sit habiturū, qui & olim iure prætorio, & hodie iure ciuili succedit Attamen, cum quod quidam facit, quiuis facere possit, & causas peccandi præcidere expediat, magis probanda est sententia negatiua. Emancipati alia ratio est, qui omnia sibi nihilque patri acquirit, & liberrimam bonorum suorum habet administrationem: & filiusfam. qui frugi esse velit, inscio patre pecuniam mutuam non sumet.

Qua nemini vult fraudem suam.] Hæc ratio nimis est generalis ad improbandam renuntiationem, quod in eo præsumatur fraus, qui inducit filiumf. ad iurandum quem sciebat iuris communis beneficio esse tutum: tum quia iuramenti religio magis attendi debeat, quàm alia præsumptio fraudis: tum præcipue quod hac ratione omnes iuratæ renuntiationes, fere etiam cōtractuum confirmationes euerterentur, velut in muliere intercedente successioni renuntiante, alienationi prædij dotalis consentiente, in minore contractum confirmante & alijs id genus habilibus, qui in iurati beneficio iure communi tuti sunt, iurati excludūtur, & ob hoc ipsum, vt excludantur, ab iis exigitur iuramentum, & excluduntur merito, cum iuris sui non ignari iuramentum interponant.

Neque firma iuris.] Improbat distinctionem Gomezii, vt filius hoc casu in vita patris efficaciter non obligetur, (ita enim inserta negatione legendum est) postea vero contra. Videtur ea hac ratione niti, quod effectus SCti etiam post mortem patris, & vbi filius paterfam. effectus est, operetur: ita vt probabiliter defendi posit, post mortem patris, exceptionē SCti ipso iure competentem replicationem iuramēti elidi posse. Quamuis tutius videatur simpliciter sequi negantem sententiam, propter supra adductas rationes: ne quod initio vitiosum est, ex accidenti conualescat, & quod hic militet ratio SCti *l. 1 in fin pr. nullius filiusf. posse bonū nomen fieri*: & quod ita nihilominus metuatur periculum corruptionis morum & insidiarum, idemq; odium feneratoris.

LIT. E.

Neque minus paterfam] Obscure proponit de paterf. honore vel dignitate functio; Sensus hic est, ei qui dignitate & honore patria potestate liberatus est, hanc exceptionem non denegari, vt ideo pro, *functus*, legēdum videatur, *factus*, quæ sententia est *Costalii in l. 1. inf ad SCtum Maced.n.* & in terminis *Salic. in d. l. 1. § vlt.* ex ratione, quod tantum liberati intelligantur patria potesta-

potestate in fauorabilibus, non vero in odiosis, quam rationem proponunt, licet non in huius quæstionis terminis, citati a Costalio, *Salicet. in auth. sed Episcopalis. C. de Episcop. & Cler. Bart. in l. itē 3. in fin. de his qui sunt sui.* Sed mihi magis probatur sententia *gloss. in d. l. 1. §. vlt. & Castrens. ibid. nu. 2.* vbi in terminis tradit, quod statutum disponens, ne filius officio publico fungens, sine patre contrahere possit, non habet locum in ea specie officii, quo liberet potestate patris. Et vero magis est, vt generalis illa ratio *Bart. & Salicet.* falsa habēda sit, & quod SCtum hoc principaliter fauorem filii non spectet, sed vt supra dictum odium fœneratoris, & ex parte filii periculo corruptionis & insidiarum in patrem, occurrat: quas præsumptiones excludit qualitas dignitatis, postquam scil. hi non amplius sunt filiifam. nam alias olim licet iidem vt in consule eædem præsumptiones cessarent, attamen quia filiusfamil. erat, non poterat non Senatū consultum habere locum. Et cum ita liberati potestate patris omnia sibi acquirunt, aut cessabit in iis SCtum, aut nulla ratio reddi poterit, quamobrem non idem in emancipatis locum debeat habere. Facit quod *in d. l. in fin.* cessat SCtum in filio, qui peculium Castrense habet, non alia ratione, quam quod hoc peculium pleno iure filii est. Frustra igitur affertur *dict. l. 1. §. vltim.* quam Accurs. rectissime iure nouo sublatam esse docet, siquidem loquitur de consule filiofamil.

THESIS VIII.

LIT. A. & B.

Ait cessare SCtum, si filius agnouerit partem vel totum. Vbi homonymia latet in verbo, *agnoscere*: quia dicitur hic agnosci debitum vel verbis, vel facto per solutionem: de quo casu agnitionis tacitæ agere Tr. colligitur *ex cit. l. 7. §. vlt. de SCto Macedon.* Vbi illud controuersum, an soluendo partē totum debitum filius agnouisse videatur, ita vt super residuo conuentus exceptionem opponere nequeat: quod affirmat Tr. pater ex eo, quod diuersum statuit lit. B. in pignore, ad cuius quantitatem vsque tantum obstet exceptio, *ex l. 9. in princ. ad Macedon.* quæ sententia est *gloss. in d. l. 8. §. vltim. & ibid. Castrens.* vbi ait, etiamsi filiusfam. effectus paterfamil. vnum nummum soluerit, ad totius solutionem eum adstringi. Quæ sententia mihi valde dubia, & ratio differentiæ inter pignoris dationē & solutionem partis, perobscura videtur: quia non minus pignoris datione, quàm solutione partis debitum agnoscitur; neque satisfacere potest differentia inter principale & accessoriū, & sicut pro parte solui, ita & pro parte debiti pignus obligari potest: quinimo obligatio pignoris magis etiam quàm ipsa principalis obligatio indiuidua videtur, *arg. l. 3. Cod. de negot. gest.* & licet fingas in specie *l. 9. in pr. h. t.* in partem tantum pignus obligatum esse, eo ipso tamen necessario partem debiti principalis agnitam fateatis oportet, ex eo quod idem ius, quod in solutione partis est, consequetur. Et ideo videamus, an defendi possit, ei qui partem soluit in residuum conuento non denegari exceptionē: vt scil. agnitio debiti vel solutio stricte accipiatur, & ad retentionem tantum non ad actionē prosit: quæ sententia olim, referente Accurs. fuit vulgar. eamque probat *Conan. 7 comment. 2. num. 8.* Non obstat ratio Accurs. 1. quod ita nihil speciale esset in patrefam. facto, cum etiam filiusfam. soluens non repetat: quoniam hoc falsum est *l. 40. in fin. prin. de cond. indeb.* Non obstat altera q. ICtus dicat *in l. 7. §. vlt. ad Maced.* cessare SCtum, & solutum non repeti: quasi ita & exceptio & cōdictio negetur; quia imo hoc tecto, queo, & contendo ambiguam illam phrasin, cessare SCtum, explicari per verba sequentia, quæ alias necessaria non essent (quoniam contra quem datur actio, ei multo magis negatur exceptio) quib. explicat ICtus, quomodo intelligi debeat cessare SCtum. Quam explicationem confirmat § *præcedens pen. in d. l. 7.* in qua opponitur pater filio: quod sc. ille quamcunque partem soluendo totum agnoscere debitum intelligatur, quia ita approbat, & ratum habet contractum filii: neque dubium est, si pater pignus dederit, idem responsurum fuisse ICtum: & cum itaque pignore dato ab ipso filiofam. diuersum statuatur *in d. l. 9. in pr. ad Maced.* diuersum etiam in solutione partis probabiliter statuemus. Magis obstat tertia Accurs. ratio, desumpta *à pr. d. l. 9.* verbis, *sed si*, quæ iuris diuersitatem inferre videntur. Verum ex istis male consutis centonibus nihil solidi concludi posse existimo, cum præsertim interiecta sit *l. 8.* & facile excidere potuerit particula. Et, qua inserta tota res liquida redditur. Nihil autem obstat, quòd a Castrens. mouetur *ex Authent. Sed cum testator C. ad L. Falcid.* vel quia à diuersis nihil solide infertur, vel quia loquitur de hærede, qui cum mensuram substantiæ subtiliter agnouisset, legata quædam soluere cepit: vel quia agit de legatis solenni testamento relictis; cæterum ex testamento

mento imperfecto vnum legatum, vel legati partem soluentem sibi nō præiudicare communis sententia habet, teste *Claro §.testamentum.q.90.n.7.de quo glos. Bald Alexand Salic. Castr. Iason in l. non dubium.16. C. de testamen.* & aliàs nullus hic est fauor, qui sustinet vltimas voluntates: vt proinde nulla sit responsio *Castr. in d.l 7.§. vlt. ad Maced.* speciale esse in exceptione odiosa: quin imo magis odiosa est exceptio, cuius beneficio voluntas defuncti euertitur, & ex aduerso fauorabilis potius exceptio, qua succurritur filio fam. contra improbum fœneratorem: ex quo fundamento. vt notatum *ad th prae inf.* defendit Tr. etiam ei, qui dignitate patrefam. factus est huc exceptione succurri.

LIT. E.

Illud expediti iuris.] Neque minus expeditum est, tractationem istam nihil huc pertinere.

Adeo vt ne quidem.] Inconcinna videtur hæc limitatio: quod filius abstinens, nec quidem ex fructibus feudalibus teneatur satisfacere creditoribus paternis: quia certum est, non nisi heredem teneri: quod si igitur jure filius abstinet, & iure proprio feudum retinet, non tenebitur eo nomine creditoribus patris. Adeoque limitatio subiecta, nisi sit feudum hæreditarium: effectu eadem est: ac si dixisset: nisi sit hæres: quoniam scil feudum hoc repudiata hæreditate retinere non potest, quamuis ego putem veriorem esse sententiam, quæ idem in feudo ex pacto & prouidentia statuit, de quo *inf. par. 2. disp. 12. th 4*

Aut nisi statuto.] Hoc pertinet ad remotiora, quod filius non teneatur ob æs alienum patris. Hoc tamen statutum durum esse, citato loco ait Mynsing & insuper tantum hoc proponit in filio mercatoris.

THESIS IX.

Thesis hæc tota fugitiua est, quia quæ de pupillo, prodigo, minore proponuntur, ad communem locum de obligationibus pertinent, (nec speciale quid in mutuo,) explicata *supr. disp 6.* quo hoc remittimus, obiter tantum quædam adnotaturi.

LIT. A.

Quod effectum constitutione Pij.] Scilicet vt locupletior factus etiam conueniatur: cæterum per se naturali rationi conuenit, vt pupillus hoc casu obligetur: quin etiam aliquo modo locupletior non factus: quod contra Cuiac. quem male hic quoque sequi. Tr. probauimus *supr disp.6. th.5.*

LIT. B.

Quod & in prodigo verum est.] Ipsa *citata l. 6.* contrarium probat, quippe in qua prodigus cōparatur furioso, & fideiussorē pro eo interuenire negatur: qua de re & conciliatione *d. l. 6. cum l. 25. de fideiuss.* actum est citato loco.

Sed quem accipiemus prodigum.] Quærit an prodigo lege, an decreto Magistratus bonis interdicatur. & licet posterius magis probat, tamen illud quoque defendi posse existimat. Ego vero iuridice & politice loquendo hoc defendi posse nego, vt quis prodigus lege habeatur, & multo minus, vt lege bonis interdicatur: siquidem ille hoc sensu prodigus est, cum quo contrahi non potest: & cum citra curatoris constitutionem prodigo interdictum bonis videri non possit, lege curatores dari nequeunt prodigo. quoniam quis prodigus sit, non lege definiri, sed causa cognita & ex circumstantiis definiri potest & debet. Illud tamen admittam, etiam ante decretum iudicis, aliquem cui interdicta administratio non sit, moribus esse & haberi posse prodigum: quod rationes Ethicæ euincunt, & non obscure docet textus *in l 55. in fin. de admin. tutor.* ex quo male Tr. putat probari non nisi decreto Magistratus prodigum constitui: quo sane casu, si ita profusus aliquis fuerit, vt facile quis de prodigalitate iudicium facere potuerit, qui cum tali contraxerit, non excusabitur: de quo sæpe *d. loco disp. 6.* pluribus actum est.

LIT. C.

Non etiam in pubere minore.] Hic vtique proculdubio naturaliter obligatur: Tr. autem, quod ex allegatis paret etiam ciuiliter obligari putat: de quo itidem tractatum est *in d. disp 6. th 5.* vbi confutauimus explicationem *Vult. ad l. 3. C. de rest. minor.* quam male hic probare videtur Treut.

Quin etiam curatorem non habens.] Hoc quidem ratione dubitandi caret, quod minor non restituatur, si locupletior factus probetur: quod vtique omnis restitutio præsupponit læsionem: & illo casu etiam pupillus efficaciter tenetur: licet etiam homonymia sit, in verbis, *locupletiorem factum:* qui cum hoc significat, etiam non factum pauperiorem *l. 48. de solu.* minor aliquando qui reuera pecuniarium damnum non sensit, si forte ad rem venditam habeat affectionem, restituetur.

THESIS X.

LIT. A.

Incongrua hac thesi locutio est, condictionem certi competere ex omni actione, ex qua certum petitur: cum dicere debuisset competere ex omni contractu siue obligatione, & c vt ait ICtus *in l. 9. in pr. de reb. cred.* Nam vtique condictio quæ ipsa actio est, ex actione competere dici nõ potest. Sed & male ibidem condictionem, quæ ex hoc contractu nascitur, generalem appellat, siquidem ex speciali contractu actio generalis nasci nõ potest. Sed nimirũ hic locus est tractãdi agitatã illã quæstionẽ, an sit vna, an duplex vel multiplex condictio certi, in qua diuersas priscorũ interpretũ, nec nõ citramontanorũ & vltramontanorum opiniones fuisse, tradunt *Cyn in rubr. C. si cert. pet. & ibid. Salic. Christ. porc. ad pr. Inst. quib. mod. re contr. oblig. Bart.* & quampluribus in vtramque partem citatis *Iason in l. certi 9. h. t. col. 4.* qui tamen vt ibid. in Castrens. ita hæc proponunt, vt sententiam vtrorumque & in quo illa consistat pugna animaduertere, non adeo sit in procliui. *Accurs. in d. l. 9.* proponit condictionem generalem pro omnibus contractibus, & specialem ex mutuo tantum. Sed non abs re est, quod *Cyn. in d. loc.* ex quorundam sententia proponit tertiam, specialem ex stipulatu *argum. princip. Inst. de V. O.* Et parum logice Dd. condictionem generalem ex singulis contractibus proponere videntur, hac saltem differentia, quod vt Cyn ait, hactenus indiuiduo intersit, quod alia Caio, alia Seio concedatur. Ego opinionem illam citramontanorum, quam *gloss. in d. l. 9. Cyn Salicet. ad rubric. Cod. si cert. pet. Bartol. Castrens. Iason in d. l. 9.* sequuntur, de duplici condictione, ita constituendam & explicandam censeo. Ex contractu mutui, vtpote speciali, & frequentissimo, nasci specialem ac propriam actionem, quæ in specie dicatur condictio certi, non secus ac ex vendito, locato, & c suæ actiones oriuntur, plerumq; ad certum itidem competentes. Esse autem aliam generalem condictionem certi, & vt pluribus actionibus locus esset, & propter iustas causas, quas ex parte notat *Accurs. in l. 9. h. tit. & ibid. Br. num. 10.* introductam, & omnibus obligationibus, ex quibus certum petitur, accommodatam, cum actionibus reliquorum contractuum concurrentem, adeoque etiam cum actione ex mutuo: vt proinde non tam natiua, quam datiua esse videatur. Hæc sententia est *Accursii in d. l. 9. & citatorum, Cin. Salicet. Bart. Iason.* Supra notatis locis, & vt loquuntur, citramontanorum. Cæterum vltramontani relati *à Iasone in sæpe d. l. 9. h. tit.* existimant, actionem quæ ex mutuo datur, sub illa generali condictione certi contineri, eandemque eius esse naturam cum illa condictione certi, quæ cæteris omnibus contractibus accommodatur. Inter vtramque opinionem effectu nihil aut parum interest, neque difficile est argumentis pro vtraque parte supra adductis locis à Dd propositis respondere, videri possit, actionem ex mutuo priorem fuisse condictione illa generali, postea recepta & introducta: cæteroquin postquam hæc introducta est, non absurde dixeris, istam quoque condictionem, sub generali illa condictione certi comprehendi posse. ita vt natura huius generis etiam isti actioni conueniat, quæ tamen restringatur adiectione mutui, de quo etiam pluribus agit inf. *Tr. p. 7. disp. 27. th. 8.*

Actio calendarij.] Ita in specie ait vocari condictionem certi, vbi pecunia sub vsuris credita est. Quod ex eo dubium videtur, quoniam vsuræ non ex mutuo, sed ex speciali contractu stipulationis debentur: & fortassis alio respectu actio Calendarij dicitur, quod prisci Romani debitores & nomina sua in Calendariis notare solebant.

LIT. D.

Sed an etiam hæc actio] Incidit hic controuersia, quisnam dicatur contractus incertus *in l. 9. h. t.* Et Cuiac. quidem intelligit contractum innominatum, quam olim quorundam sententiã fuisse refert *Bart. in d. l. 9. n. 13.* sed improbat eam ibid. Donell. neque satis rationis videtur, quod contractuum illorum vaga aliquatenus & incerta sit natura: & cum *in d. l.* ex contractu incerto certa condictio dari dicatur, actio præscriptis verbis, ad interesse, & ita ad incertum datur. Fortassis tamen aliquando ex causa contractuum innominatorum, in quis varij plane incidunt casus cõdictioni certi possit esse locus: quomodo condictio causa data, cum regulariter in contract. b. innominatis locum [illegible] it, aliquando ex causa contractus nominati conceditur *l. 13. §. 6 locati.* Neque obstat *l. 1. 2. & 3. de præscrip. verb.* vel quia vt diximus quibusdam tantum singularibus casib. condictioni certi locus est, vel quia textus illi de specialibus & ordinariis ex contractu innominato nascentibus actionibus loquuntur. Sunt qui diuisionem contractuum in certos & incertos ab obiecto desumptam putant, quomodo stipulatio alia certa alia incerta vocatur.

vocatur *l. si pœnã 68 & l. 74 cum seq. de V.O.* quod non videtur displicere *Accurs. in d. l. 9. de reb. cred.* Verum vt distinctio hæc alibi reperiat locum, ita non potest accommodari *d. l. 9. de reb. cred.* vbi condictio certi ex incerto cõtractu dari dicitur Donell quem Tr. sequi videtur, contractum incertũ interpretatur, in quẽ ab initio incertum deductum fuit, quod tamen antequã peti possit, certũ reddatur, veluti si quis stipuletur fructus vel partus nasciturosː quod etiam videtur *Duaren. ad l. 75. de V. O. & Baron ad princip. Instit.* Quin ante hos omnes plerisque veterum interpretum vt apparet ex *Castrensi & Iasone in d l. 9 de reb cre. l. & Bart. ibid. nu. 14.* Sed huic quoque explicationi aduersatur, quod cum hic eo tempore, quo de condictione danda quæritur, res certa sit, non poterit ea recte dici competere ex incerto contractu: siquidem ICtus de effectu condictionis concedendæ loquitur *in d. l. 9* & eo respectu contractum certum & incertum opponit. Ex eodemque refellitur sententia illa quoque, quæ reipsa eadem est cum priori de contractu incerto, qui talis olim fuerit. Et exempla à Tr. allata aut falsa sunt aut non quadrant: nam quod heredes tutoris dicuntur, *in l. 1 & 2. C de in lit. iur.* & passim in ea materia; eo respectu fit, quod ibi de actione ex causa tutelæ à defuncto administratæ, in heredes danda disputatur: quomodo eodem sensu heredes magistratuum dicuntur *l. 4. & 11. D. & C. de magistr. conuen* neque quisquam Latine aliter ioqui possit. quod autem *in l. 45 de vsu.* bonæ fidei possessor dicatur, qui olim talis fuerit, vt male putat Vult. falsũ esse iam sup. ostendimus *ad disp. 15 de R V. th. 11 lit. E* Balduinus *ad princip. Instit. de V O* cum cõtractum dici incertũ putet, cuius petitio variari potest pro arbitrio creditoris, vti si quis factum stipulatus pœnæ certæ stipulationem subiiciat. Sed vtique hic duo sunt contractus, vt proinde condictio certi ex incerto contractu dari, dici possit. Quin & verius est, hoc casu factum tantum esse in præstatione, nõ in petitione, de quo *inf. p. 2. disput. 27* Si cõiecturæ superest locus contractũ incertũ non absurde de eo mihi explicare posse videor in quem non vna aliqua certa species, non negotium vnum, sed multa eaque diuersa veniunt: & vt vno verbo dicam, contractus incertus nihil aliud esse credendus est, quàm contractus generalis: vti, societatis, tutelæ, mandati generalis, negotiorum gestorum. Ex his enim contractibus & certa & incerta veniunt vt itam certi quàm incerti condictioni commodissime locus esse possit. Et hoc vel inde non obscure confirmatur, quod iudicia ex his contractibus descendentia generalia vocantur (genus autem incertum est) *l. 38. pro soc.* & plurium litis specierum in causa curationis mentio fit *l. 29. §. 1. de pignor. l. 10. §. 1. de appellat.*

THESIS XI.

LIT. A.

Qua conuentus.] Ait quod conuentus hac actione totum debitum soluere cogatur, & subiicit rationem, quia creditor particularem solutionem recipere non teneatur. Non satis benè, vel quia etiam in partem agi potest, vel quia quæstio illa de particulari solutione, magis pertinet ad oblationem extraiudicialem, an videlicet eã recipere cogatur creditor, hoc effectu, vt recusans committat moram, & ita vsuræ sistantur partis illius, & periculum rei in creditorem transferatur: de quo agendum *inf. p. 2. disp. 29. th. 1.* ad quem locum reijcimus duas illas quæstiones sub hac litera, an creditor particularem solutionem recipere teneatur, & an creditori inuito ante diem obligationi adiectum solui possit.

Quod si creditor partem.] Et hæc quoque tractatio ab hoc loco est aliena, quod qui partem petiit, si post litem contestatam totum probet, eodem iudicio totum consequi debeat. Libet saltem hoc adnotare, quod hoc ad rationem vtique iuris veteris falsum sit, quo iudex pedaneus non nisi super eo, quod in iudicium deductum, & libello comprehensum fuerat, poterat pronuntiare. Sed iure nouo, quo magistratus ipsi iudicant, sententia ista defendi possit: quoniam ambages frustratoriæ sunt vitãdæ, & effectu res eodem redit, siue eodem siue diuerso iudicio opus esse dicas: de quo actum est *supra disp. 4 th. 11.* quoniam incidit hoc in illam quæstionem, an & quatenus post litem contestatam libellus mutari possit. Illud dubium videri possit, quod Tr ait, si tantum actor probauerit, totum, cum partem tantum petiisset, iudicem super toto pronuntiare debere: licet eam quarundam sententiam proponat *Accurs. in §. 34 ad verba, eodem iudicio. Instit. de action.* siquidem iudex non solet impartiri officium suum non imploratus. Sed possunt verba Treut. commode ita accipi, vt emendatio siue mutatio libelli, & petitio præcessisse proponatur

LIT. B.

Vetus autem definio.] Definit vinum vetus, quod

præterito anno crevit & collectum est. Intelligendus est minus dixisse, quam sensisse, vt excluderet saltem vinum recentius, quia proculdubio etiam ante plures annos collectum vinũ vetus est. *l. 11. & 12. d. tritic. legat.* quod etiam vinum ante annum collectum vetus sit dicendum. Limitat tamen hoc Acc in vino, quod non fert ætatem, sed post annum acuit & corrumpitur: in hoc enim genere vini illud vetus dici, quod clarescere incipit. Quam ego sententiam omnino veram & improuide à Tr. improbatam aut non intellectam existimo: quoniam si etiam hic distinctio vini veteris & noui locum habere debet, vt sane debet, aliud vetus dici non potest, quam quod iam defecatum clarescit.

Imo nec vetus licet melius.] Præsupposito vinum esse melius, dubia videtur hæc sententia, si videlicet in eodem gradu melius sit & genere, vt proponit *Sal ex Odofredo Iacobo & Petro in l. 3. h. t. n.* qui putant non posse recusare hoc creditorem, quam ipsam sententiam post *Bart. ibid. n. 6.* d. loco non obscure probat *Sal. male à Tr. allegatus:* & facit quod tritico viliori proculdubio potest solui Africanum, quod melius est. *arg. l. 75. §. 1. de V. O.* neque capio, quodnam esse possit periculum illud futuri temporis, cuius Tr. mentionem facit, de quo quidem apud gl. Bart. & Sal nullum extat verbum.

THESIS XII.

LIT. A.

Scopulus hic est de mutatione monetæ, quem prætervehèret libens nisi aliquid disci te cogeret series tractationis: & primo Tr. Ait non corpora nummorum huc materiam, sed æstimationem creditam intelligi. Quæ sententia simpliciter recipienda non est, quia licet valor ex natura huius contractus, vbi corpora ipsa non restituuntur, in considerationem veniat, attamen etiam ipsius materiæ ratio habenda est, quia hæc est fundamentum & causa valoris, qui pro diuersitate materiæ est diuersus, siquidem in Repub. bene constituta, inter valorem & materiam iustam oportet esse proportionem: Veluti ita publica lege Imperii constitutum est: eamque sententiam, quod materiæ quoque ratio habenda sit, prolixe confirmat *A. Fab in speciali tractatu de variis debitor. nis solut.* idque est quod ex Dd proponit *Cova de vet. numismat potest. c. 7. nu. 5.* materiam ita æstimandam esse, & tantum, quantum alias valeret publico charactere non percussa. Et vt ò si æstimatio tantum credita esset, vix defendi posset limitatio Tr. subiecta hac litera: nisi creditor ex diuersa moneta damnum passurus sit: quoniam qui accipit, quod mutuo dedit, nihil conqueri potest. Scio sub Friderico imperatore bellum in Italia gerente, inopia rei argentariæ, militibus in corio, in speciem nummi efformato, stipendium solutũ fuisse. Sed ille metonymice nummus fuit, & nummi signum, pro quo, confecto bello, ex ærario principis verus nummus repræsentatus fuit.

LIT. B.

Siue in bonitate intrinseca.] Si mutatio materiæ ipsius contigerit, eiusmodi nummos, & in ea bonitate restituendos censet Treut. quæ fuerit tempore contractus. Hoc quidem iuxta prædicta, quod materiæ ratio habeatur, bene defenditur. quoniam alias cum iniuria creditoris verbi causa pro aureis puris restitui possent contaminati. Cæterum si æstimatio tantum credita censeatur, non videbitur iniuriam accipere creditor, si ei nummi eiusdem valoris, licet in materia deteriori restituantur. Sed illud etiam hic in considerationem venire potest, quod cum finis principalis nummi sit permutatio, vt docet *Aristot 1. polit. 6.* illud vel maxime attendendum est, quod mutata moneta, quæ comparandis rebus necessariis inuenta est, ipse quoque rerum valor mutatur, crescit aut decrescit. Vbi circa bonitatem intrinsecam & extrinsecã hæc proportio est, vt materia meliori facta, vel eius eadem bonitate durante, & valore minuto, rerum pretia decrescant: materia autem facta deteriori, vel eadem manente & aucto valore, rerum pretia excrescant. Quo fundamento posito, cum pecunia mutuò accepta, in comparandas res necessarias conuersa præsumatur, ex interposita illa proportione inter mutationem in bonitate intrinseca & extrinseca distinguendum esse necessario consequi videtur, neque circa vtramque in hac quæstione idem statui posse, quod tamen male facit Tr. Sed siquidem monetæ bonitate extrinseca mutata, spectandum est tempus solutionis, iuxta ea quæ mox sequuntur: monetæ bonitate intrinseca mutata, spectandum esse tempus contractus: quæ etiam est sententia *gloss & commun. Dd. in l. cum quid. 3. h. t.* attestante id insuper *ibid. Castr. num. 5. & 6.*

LIT. C.

Siue extrinseca.] Hic quoque simpliciter videtur spectari tempus contractus, adeoque siue aucto siue diminuto valore, vt v [illegible] debitor tantũ, quantum acceptum est, reddi videtur. ita vt [illegible] ac-

cidat.

creuerit, debitor deducere possit valorem, vel incrementum, quod veteri æstimationi intra tempus solutionis accessit: vel si quantitas monetæ decreuerit, debitor supplere teneatur valorem, qui tempore contractus concurrit, velut hoc proponit *Mynf.4.obs. 1 .velut. Couar. de vet. numis potest c 7.5.1.n.3 ex Molin.d. contr.q.92. & seqq.* qui tenetur soluere creditori centum aureos Castellaneos, & hi essent post contractam obligationem extrinsecus diminuti, tenetur omnino soluere creditori æstimationem illam, quam tempore contractus habebant centum Castellani, & sic numerum augere. Quod si Castellanorū valor esset auctus, satis esset, & satis fit creditori, si debitor soluat pauciores Castellanos, qui iuxta nouum augmentum æquipollent centum illis obligationem deductis: *idem Tessaur.decis.174 num 6.* Sed dubiam facit hanc opinionem, ratio paulò ante proposita, quod siue aucto siue diminuto valore, rerum quoque precia augentur aut decrescunt: v. c. ante non adeo multos annos florenus aureus valuit 16 baciones, qui hodie æstimatur 19. quod augmentum valoris, cum sit consequutum augmentum pretij omnium rerum, iniuria fiat creditori, si inspecto tempore contractus alterutro tanto pauciores ferè restituantur: sicut ex aduerso iniuria fieret debitori, si de minuto valore plures Rhenanos exsoluere cogatur. Cuius rei fundamentum in eo positum est quod quo pluribus bacionibus æstimari incipit Rhenanus, eo baciones illi aucto quippe rerum pretio habendi sunt deteriores: & res ipsa ostendit, quod ante 40. vel 50. annos vnus bacio tanti fuerit, quantum hodie fere duo: ita vt qui hodie tot aureos soluit, quot accepit ante quadraginta annos, tantundem soluere intelligendus sit. Quod si vero in minuta moneta soluere velit, tot baciones, quot hodie aureus æstimatur, soluere debeat: eaque distinctio in hac quæstione vel maxime necessaria videtur, & vt in exemplo proposito maneamus, si de reddendo mutuo in aureis ante 40. annos acceptis quæratur, & de nostris bacionibus restituendis tractetur & aureus 19 baceis æstimetur, reducto ad valorem pristinum æstimationes si secundum illud solutio facienda statuatur, 16 baciones in singulos aureos satis erunt, vel vnus aureus cum 3 bac duorum aureorum vicem, cum insigni creditoris iniuriā supplebit. In eoque Treuel cum reliquis errare videtur, quod non animaduertunt, manente eadem bonitate aurei & aliarum specierum maioris monetæ, minutam monetam quoad ipsam bonitatem intrinsecam deteriorem fieri, exinde causam esse, cur valor maioris monetæ augeatur: quod qui passim comites & ciuitates ius cudendæ monetæ habent, conflata maiori moneta, inde lucro suo minorem monetam conficiunt deteriorem. Considerandum & hoc, quod Romani olim Imperij fines amplissimi erant, longe ne constantior monetæ valor, cum & nulli præter Imperatorem monetæ condendæ ius, neque minus dissoluere & conflare nummos prohibitum erat. Quæ omnia hodie in nostro imperio secus se habent, cuius angusti præsertim fines, adeoque eodem valore extra imperij fines, in quibus quotidie ciues negotiantur, pecunia exponi non possit Verum hac rei monetariæ peritis discutienda relinquamus.

Nota tamen. Ad sententiam in th. propositam, quod spectandum si tempus contractus, subiicit limitationem, nisi debitum sit vsurarium quo casu augmentum monetæ creditori deberi negat. Et initio quidem hic non recte confundit vsuras & interesse, quod æquitatis intuitu omni iure debetur, de quo *infr p.2.di.p.3.th.2.* Deinde vel ideo limitatio bene se non habet, quod mutatio monetæ, prout vel augetur vel minuitur, ita non tantum oneri, sed etiam commodo potest esse debitori. Ideoque restringendum hoc est ad casum, quo monetæ valor decreuit: v. c. si taleri imperiales tempore contractus æstimentur 23. baz & mutato valore tempore solutionis valeant 20 ex sentententia Treutl. in singulos taleros 3. baz. a debitorē erunt addendi: quod scilicet augmentum monetæ a Treu. significari intelligendum est. Porro si ex natura contractus, ita solutio facienda est, reducta æstimatione ad tempus, quo pecunia mutuo data est, & nisi illud fiat, minus recipere creditor intelligi debet, falsa erit illa limitatio, quod hoc augmentum in debito vsurario non debeatur: quia imo augmentum habendum non est, siquidem ex sententia Treutl. hoc modo tantundem creditor recipit. Eoque falsa ratio est, quod alias debitor duplici onere grauaretur: quoniam onus non est pecunia ea quantitate reddere, qua acceperis: cum nec simpliciter vsuræ in onere ponendæ sint, quæ in compensationem quandam promitti & solui intelliguntur, vt ipse disputat Treut. *infr. p.2. di p. 1. th 1.* Quin & cum ex accidenti sit valorem monetæ diminui, nec minus idem augeri potuerit, qui ex incerto euentu sentiret lucrum, etiam onus

sentire debet. Vitiosa etiam est altera ratio, quod in credito vsurario simpliciter quantitas non corpora nummorum considerentur: quoniam hoc nihil facere potest, vt tanto magis vel minus augmentum debeatur: & tamen nulla ratio est, quæ suadeat in credito vsurario potius quàm in gratuito quantitatem spectari: quoniam hactenus vtrumque mutuum eiusdemque naturæ est & conditionis, & vsuræ non ex mutuo, sed separato stipulationis contractu debentur: & ipse Treutl. *lit. a.* in genere proponit, quod non corpora nummorum, sed æstimatio credita intelligatur.

Quod aliud est] Sublimitatio hæc est qui statuit cum *Tessauro decisione* 174. in venditione cũ pacto reluendi aliud obseruari: id est, quod hic & augmentum monetæ & reditus annui sint præstandi. Referendum enim hoc est ad vulgatissimum hodie contractus genus venditionis annuorum redituum, in quo creditor qui emptor redituum dicitur, pecuniam repetere nequit, sed debitor qui venditor dicitur pecuniam offerre & reluere potest, quam sententiam Tr. esse colligitur ex citat. Tess vbi duplicem fere affert rationem, quarum prima est, quod magis naturale sit percipere fructus: qua scilicet respicit ad genus illud contractus ita formatum à Pontifice *in extrauag. regimini. de empt. & vend.* vt videlicet pro pecunia data creditori detur fundus, ex quo percipiat fructus quamdiu debitor pecunia vtatur. Sed nec ita hic contractus hodie celebrari solet, & non male docet *Hottom.* 2. *obs.* 15, velamen hoc quoddam, & reuera contractum vsurarium esse. Altera ratio est, quod penes debitorem sit reluere vel non. Verum multa interuenire possunt, vt iustissimam & necessariam causam reluendi debitor habeat, neque quod monetæ valor mutuatus est, perpetuo debitor fundo suo carere, aut pensiones annuas præstare, adstringi debet. Quibus consequenter nulla inter hunc & præcedentem casum in hac quæstione ratio differentiæ statui debet.

Item in debitore moroso.] Hic quidẽ nulla dubitandi ratio est, quod mora semper ei nocet, qui moram admisit: sed illud dubium, quod illum attineri etiam ad interesse augmenti monetæ: quod quidem, cum per interesse vsuras intelligat, quæ non nisi ex stipulatione debentur, falsum esse existimo.

Vbi & illud in fine.] In extremo huius th. hoc proponit, quod si lex simpliciter aliquid disponat de pecunia, valorem accipiendum esse secũdum tempus statuti, & addit exemplum inhibitæ donationis vltra 500. solidos. Quæ assertio dubia redditur ex ratione iam sæpe proposita, quod aucto maioris monetæ valore augeantur rerum pretia, & deterior fiat moneta minor. Finge tempore statuti solidum æstimari floreno integro & dimidiato, adeoque 22. & dimid. baz. inhibita ita erit donatio vsque ad 750. flor. si postea valor solidi excrescat vsq; ad duos florenos, & ita 30. baz. quoniam hi baciones deteriores sunt, & propter auctum pretium rerum veteres illi 750. floren. tantum censendi sunt, quanti noui 1070. flor. defendam vsq; ad 1000. flor. licitam esse donationem.

THESIS XIII.

LIT. A.

Proponitur hic quæstio de æstimatione rei deperditæ & quidem ab hoc loco aliena eademque difficillima, super qua pene iurauerim mihi non liquere. Illud autem initio peccat Tr. quod in th. proponitur de specie debita amplius non reperta, & tamen in allegatis subijcit dissentire eos, qui putent in hoc contractu indistincte liberari debitorem præstita æstimatione. Etenim illud in th. traditum de specie amissa, non habet locum in mutuo, in quo corpus creditum consumitur, neque idem, sed tantundem restituitur. Porro quæstio illa an in hoc contractu æstimationem præstare liceat, tantum in vino, frumento & aliis pondere & mensura constantibus, non in pecunia numerata locum habet: quam quidem ego contra Tr. magis est, vt affirmandam esse credam: quod sc. in istas res nulla cadat affectio. neque intersit creditoris, an frumentum, an tantam pecuniæ summam accipiat, qua frumentum comparari potest.

Interim verum est.] Quasi per modum limitationis subijcit, quod argento ad pondus accepto pecunia possit reddi, si modo, pure argentea & in pondere reddatur. Atqui hæc nulla limitatio est, quod ita non æstimatio, sed pondus redditur.

LIT. B.

In æstimanda re deperdita cũ Cuiac. & Hottom. in bonæ fidei iudicijs rei iudicandæ, in strictis, litis contestatæ tempus spectari tradit subiecta ratione, quia in his iudex ad certam quantitatem in iudicium deductã adstrictus est ideo petitionis tempus spectetur, & petatur res ... nunc est: in his vero iudex liberam ex bono & æquo æstimandi potestatem habeat, quæ tem...

dari

dari oporteat, ideoque totum referatur ad tempus rei iudicatæ. Quæ ratio forte non satis concludit, quod libera illa æstimandi potestas ad præstationes fructuum vsurarum, & alia quæ ex bono & æquo debentur, pertinet, tum etiam prior illa pars videtur destrui per limitationem subiectam *in verf. in stricti iuris*, qua debitorem qui ante litem contestatam moram fecit, vero tempore res pluris fuerit, cōdemnari existimat: quod si n. iudex ad id, quod in iudicium deducitur tempore litis contestatæ, præcisè adstrictus est, æstimationis quæ ante litem contestatam fuit, rationem habere non poterit. Fortassis ita supplenda ratio erit, quod iudex in bonæ fidei iudicijs etiam, quæ postea contingunt, attendere potest: quomodo rectior erit inter duo illa mēbra oppositio, & non obscure hinc confirmatur, quod etiam exceptiones formulæ non insertas post litem contestatam admittere iudex potest. Cæterum in hac quæstione ita distinguendum est: quod res aut perijt citra culpam, qui casus tantum ad mutuū pertinet, quoniam debitor speciei naturali aut fortuito rei interitu liberatur: aut perit interueniente mora vel culpa debitoris. Et hic rursus aut perit, ante aut post litis contestationem. Illo casu si ad iudicem deuentum est, iuramento in litem res æstimatur, quoniam sine iuramenti delatione rē, quæ non extat, iudex æstimare non potest *l. 5. §. vlt. de in litē iur.* quod de actionibus stricti iuris ibi traditum, in quibus aliàs regulariter in litem non iuratur, etiam & multo magis in bonæ fidei iudicijs locum habere, recte notat *Ant. Fab. 16. coniect. 3.* Hoc casu res citra iuramentum, præterquam si in bonæ fidei iudiciis dolus rei interuenirer, à iudice æstimatur, in stricti iuris iudiciis quanti litis contestatæ tempore, in bonæ fidei, quanti rei iudicādæ tempore fuerit. Cui regulæ in vtroque casu limitationē addit Tr. nisi debitor fuerit in mora: quod alias absurdum videatur, moram non nocere reo, & conditionem actoris per litis contestationem fieri deteriorē. In contrarium tamen disputat *Ant. Fab. 16 coniect. 3.* ita duo illa tempora considerari, vt tēpus moræ non attendatur: tum quod in stricti iuris iudiciis illud tantum veniat, quod in iudicium deductum fuit: tum quod alias sequeretur, rarissime locum habituram istam actionum differentiam, quod non facile sine mora ad iudicem eatur. Vbi tamen fortassis non incommode respōderi possit, differentiam illam explicandam esse positis terminis habilibus, si videlicet litis contestatæ tempore vel post res pluris esse deprehendatur, & hactenus inter se actiones illas opponi, vt quanti æstimatio creuit vsque ad litem contestatam, in stricti iuris iudiciis, quantum vsque ad condemnationis tempus in bonæ fidei iudiciis præstetur. Nam & absurdum fuerit, quod dicitur in his spectari tempus rei iudicandæ, ita præcise accipere, vt si res pluris fuerit tempore litis contestatæ, vel intermedio, id in condemnationem deduci non possit. Magis pro Ant. Fabr. facere videtur, ab ipso tamen non propositum, quod re deperdita ante litem contestatam necessarium dicitur esse iuramentum in litem. Quod si enim res possit æstimari à iudice, quanti fuerit tempore moræ ante litem contestatam, etiam possit æstimari à iudice, si perierit ante litem contestatam, quoniam quanti tēpore moræ fuerit, facile sciri posset: vt proinde officium iudicis ad tempus illud, quod litis cōtestationem antecessit, porrigi non posse videatur. Neque valde mouet, quod litis contestatione non debet deterior fieri cōditio actoris: quia imo deterior non fit, vel qui potuisse statim mora commissa rem perere, vel quia hoc ex accidenti est, quod res pluris fuit tempore moræ: & omnino cum hæc sit actionis natura, nihil habet actor quod conqueratur: quæ etiam causa est, quamobrem in stricti iuris iudiciis fructus ante litem contestatam percepti non debentur *l. 38. §. 7. de vsur.* Non obstabit etiam *l. 22. h. t.* ad quam & similes respondet *Ant. Fab.* per distinctionem inter moram lapsu diei & interpellatione contractam: quamuis hoc ipsum dubium sit, an lapsu diei mora contrahatur, de quo *infr. p. 2. disp. 3.* & differentiæ ratio nō satis perspicua est, quinimo vtrobique eadem ratio, quod ex quo dies lapsa, vel debitor interpellatus est, iam soluere se debere intelligit, de quo tamen vide plenius *Ant. Fabr. 16. coniect. c. 6.* Illa alia quæstio est, an tempus rei iudicandæ ita spectetur, vt præcedentis nulla ratio habeatur. quod quidem affirmat *Ant. Fabr.* sed ego falsum esse non dubito, cum nihil videri possit absurdius, quam ita præcise extrema illa, & quasi puncta spectari, & repugnat ratio ante proposita, quod in his iudiciis iudex etiam quæ post litem contestata proponuntur vsque ad sententiam audire & admittere queat. & sunt omnino leuissima Fabri argumenta. Pluribus hanc quæstionem explicare & extricare, nec animi nec ingenii est.

Iudex ad certam quantitatem.] Cum hanc quæstionem

stionem in genere, imo in particulari de specie debita proponit, vitiose vtitur verbo quantitatis.

Si moram facit venditor.] Et hoc quoque præter methodi leges, proponere de vēditore quod generale esse debet.

Sed res pluris tempore contractus.] Si modo concurrat mora, alias contractus tempus inspiciendum esse, verum non puto: quamuis hanc explicationem vix admittat Treut. qui tempus moræ & contractus distinctim proponit.

Quam rei iudicatæ.] Non satis bene opponit tempus contractus, tempori rei iudicatæ, quod etiam aliud tempus est litis contestatæ, quo si res pluris sit eius rationem habendam dubitari non debet.

Si emptor moram facit.] Hoc extra hanc materiam est, vbi non de mora creditoris, sed debitoris tractatur: & eo tantum pertinet, vt mora venditoris, per sequentem emptoris moram purgetur, ita vt in æstimanda re illius temporis amplius ratio non habeatur *ex l.3.§.vlt.de action. empt.*

Si fideiussor.] Specialis hæc ratio est in actione mandati, ex qua nec amplius nec minus quam soluit fideiussor, consequi debet, de quo pluribus *Ant.Fab.16.coniect.7.*

Dissentiunt diuersimode Dd. Omnes distinctionis propositæ partes, cum improbare videatur Tr. ea tamen pars, vt ibi æstimatio debetur iure actionis, inspiciatur tempus contractus, omnino probanda videtur tum *ex l fundum. 28. de nouation.* tum ex certa ratione, quod tale quidquā debeatur, quale iu obligationem est deductum, & quod hic æstimatio est in ipsa obligatione, & ipsum principale, adeoq; sicut homine promisso ipse homo petitur, ita promissa æstimatione, non nisi ipsa æstimatio, qualis & quanta in contractum deducta est, petenda & præstanda erit.

Vbi sub distinguunt.] Rectissime hæc distinctio improbatur: etenim quod adiuramentum affectionis appellatum, (de qua diuisione agetur disp. seq.) attinet, cum permittatur æstimatio arbitrio actoris, etiam longe vltra veram æstimationem, frustra & inepte, de tempore hoc vel illo considerando disputatur. Iuramentum autem veritatis ex necessitate tantum præstatur in casu rei peremptæ ante litis contestationem, eoque cum hic non indulgeatur affectioni iurantis, tanti res æstimanda est, quanti fuit tempore moræ, & hactenus vera & sententia Bart. & Costal. hic relata.

THESIS XIV.

Ambages hac th. agere videtur, dum debitorem ex mutuo interitu rei liberari, negat, neque tamen hoc præiudicare communi iuri, quo casus fortuiti nullo iudicio præstati dicuntur. Nimirum res expedita est, interesse an tantundē, an idem debeatur, & ita an dominium rei in debitorem transferatur nec ne: quoniam ex certa ratione iuris vbi nulla culpa vel mora alicuius interuenit, res domino suo perit.

LIT. A.

Quod etiam procedit.] Scilicet vt nummi à pupillo dati, sint periculo creditoris accipientis etiam si consumpti non fuerint: quia vt recte Accurs. al ās pupillus deterioris esset conditionis, quam maior & quoad non trāsfertur dominium, fit propter conditionem pupilli, cæterum in alijs & quoad alios effectus perinde habēdū est, ac si verum mutuum contractum esset: ideoque etiam dixerim nummis ita amissis, perinde ac si consumpti essent, ex mutuo agi posse. Plane Azo improbatus, de casu pecuniæ à pupillo in solutum datæ locutus videtur: sed vt supra notatum, eadem quoad hos effectus pecuniæ è pupillo mutuo, & solutionis causa datæ, proportionaliter ratio est.

LIT. C.

Immiscet hic quæstionem illam, an rei interitus naturalis vel fortuitus post moram superueniens, liberet debitorem. Et distinguit inter moram iniustam & iustam, verbis aliquantum improprijs, quoniam vbi iusta litigandi causa est, mora dici non potest. *l. 24. d. vsur.* quam distinctionem tamen non recte applicat bonæ fidei possessori: quoniam hæc sibi repugnant, iustam causam litigandi non habere, & esse bonæ fidei possessorem, vel viceuersa. Neque mouet, quod *in l. 40. de petit. hered.* etiam non verus heres iustam causam litigandi habere, & omnes possessores post litem contestatam pares esse dicuntur: vel quia respicitur initium controuersiæ non tempus post litem contestatam, vel potius quod omnes possessores lite contestata malæ fidei effici dicuntur, ratione exitus iudicij, vt re euicta, quoad fructus & alia attinet, a tempore litis contestatæ perinde cum iis agatur, ac cum alijs malæ fidei possessoribus. Et distinguit igitur ceu era inter eum qui frustratur, & qui iuste solutionem differt: quæ ipsa distinctio est *Hottom illust. quæst. 30.* quem probauit supra *disp. 15 thes. 7 & infr. disp. 26. th. 3.* & hic tamen improbat.

LIT. D.

Non tamen probo.] Recte improbat sententiam istam Delrio: quoniam perpetua hæc significatio est verbi, *periculum*, vt denotet interitum rei naturalem vel fortuitum. Ideoque etiam probo explicationem *l.4 h.t. in verſ. & ſi periculum*; quæ fuit olim sententia Iohannis, quoniam deponitur ibi pecunia gratia mutui, & depositum illud ordinatur ad mutuum. vt loquuntur *Bartol. & Castr. in dict. l.4* licet *Bartol. & Salic. ibid.* magis probent sententiam Azon. vt tum demum res siue pecunia accipientis periculo sit, si modo eius aliqua vel leuissima culpa præcedat. Castrens. autem cum aliis magis distinguit, an pecunia adnumerata, an in sacculo fuerit deposita.

Quod si debitor pacto.] Vt quis pacto ad carceres se obligare possit, rationi iuris conuenire nō videtur; quod hoc excedat potestatem conuentionis: ex qua non nisi actio ad dandum vel faciendum nasci potest: neque vlla actio, qua quis intendat aliquem in carcerem ire oportere iure nostro prodita est: de quo pluribus *infr. part. 2. disput. 20. th. 4. lit. F.* vbi Tr. simili errore, quod fideiussor ad carcerem se obligare possit, defendit. Et tamen Tr. caute hic non simpliciter hoc pactum probat, sed tum demum aliquid operari statuit, si facta prius excussione, debitor non soluendo deprehendatur. vt adeo prius actionē intentatam esse oporteat, nec aliud quicquā operetur pactum, quàm vt per illud beneficio cessionis bonorum videatur esse renuntiatum: quod an iure subsistat, tractatur *infr. p. 2. disp. 24. thes. 4.*

Super debito alieno.] Quod hic proponit, mulierem quæ renunciauit Velleiano, efficaciter ad carcerem se obstringere posse, intelligendū est proponi ex constitutione Electoris Augusti *part. 2. c. 21.* Vix enim est, vt iure ciuili hoc obtineat, quo vix in causis criminalibus mulier carceri potest mancipari *Nou. 134. c. 9.*

Illo vero casu.] Debitorem non excussum, & cui aliquid pro alimentis relictum est suis sumptibus alere se debere tradit. In quo nulla plane ratio dubitandi esse potest: & ad quæstionem de incarcerando debitore, casus debitoris nondum excussi pertinere non potest, quoniam hic etiam incarcerari non potest.

THESIS XV.

Thesis hæc tota fugitiua est, eiusque materia proprio loco tractatur *infr. p. 2. disp. 24. th. 7.* ideoque paucis eam perstringamus. Ait lit. A. hypothecam quam habet, qui in ædificium extruendum credidit præferri expressæ: quod idem repetit lit. E. quod etiam tempore prioribus præferatur: quoniam si præfertur, necessum est præferri prioribus: alias ead. potestas est tacitæ & expressæ, vt ex tempore ius vtriusque æstimetur. Est enim ead. ratio & vis hypothecæ tacitæ ex SCto, & eius qui in rem aliam credidit sub expressa hypotheca, quia vtraque priuilegiata est: quod ipse tradit *Tr. in th. lit. e.* adeoque frustranee, quasi per modum ampliationis subiicit, adeo etiam, vt tempore prioribus præferatur: quoniam priuilegium hypothecæ in nulla alia re, quàm in iure prælationis consistere potest. Et illud ipsum tamen *in th. lit. D. & E.* parum subtiliter dicitur, quod qui creditur in rem obligatam: non habeat tacitam hypothecam, sed expressam priuilegiatam: quia nullam plane hypothecam ex sententia ipsius Treutl. de quo *infr. d. disp. 24.* habet, nisi quam sibi conuentione parauit, hoc autem facto ius prælationis consequitur: quod non satis bene expressit Tr. Addit autem ead. lit. E. quod hic creditor cedat doti priori Ego verius existimo, quod etiam cedat doti posteriori, ex ipsa *cit. Nou. 97.* quam Treu. adduxit, & male intellexit, cum ibi tantum excipiatur, qui in militiam credidit, de quo pluribus *d. disp. 24.* Tria autem colliguntur requisita ex hac th. vt hypothecæ & prælationi locus sit; vt expresse de pignore conuentum, vt nominatim ad emendum vel reficiendum pecunia credita, & vt in eam rem conuersa sit: quod aliàs ius prioritatis aliis creditoribus quæsitum, cum iniuria afferretur. Colophonis loco notare liber, quæ hac disp. alieno loco proposita sunt, & 1. *th. 9.* prolixe de pupillo minore, & c. 2. *ead. th. lit. D.* an prodigus lege, an sententia fiat, 3. *th. 11.* de solutione particulari, & ante diem, itemque de mutatione libelli, 4. *th. 13.* de æstimatione rei peremptæ. 5. *th. 14. tit. 6. & seqq.* de debitore liberando per interitum rei, itemque eo excutiendo, & tandem tota thes. vlt. de priuilegio & prælatione creditorum.

Ad
DISPUTATIO XXI.
DE IVREIVRANDO.
THESIS I.
LIT. A.

EST *religiosa affirmatio.*] Rectius fortassis diceretur, enuntiatio quæ tanquam genus complectitur, & affirmationem & negationem, super qua etiam iurari constat: nisi quis dixerit aliud esse, super quo iuratur, ab ipso iuramento, quod est ipsa numinis diuini obtestatio: quo respexisse videtur *Couarr in cap quamuis d.pact.in 6.p.1.in princip.* vbi iuramentum definit inuocationem nominis diuini in testimonium. Porro *Cyn.in authent sacramenta C.si aduers. vendit.* definit, quod sit affirmatio vel negatio verbis expressa cum vera religione. Vbi duplex incurrit dubium. 1. an iuramentum indigeat verbis nuncupatis: quod ipse Cyn. magis negat probans, quod etiam mutus iurare possit: quin *Couarr. d. loc. nu. 5.* nec in eo quidem qui loqui potest, verba de essentia iuramenti esse putat. Equidem homo etiam interno affectu Deum testari & obtestari potest, verum vbi de effectu iuridico agitur, verbis opus esse videtur, nisi sicubi magistratus v.c. in muto, hoc gestu aliquo suppleri posse decernat: cæteroquin hic verbis lingua nuncupatis opus esse crediderim. Alterum dubium nascitur ex verbis, *cum vera religione.* Equidem si disputemus in abstracto & quasi in Idea, non potest mereri nomen iuramenti, nisi vbi inuocatur verum numen: cæterum considerata opinione iurantis, qui superstitione vel errore ductus, aliquid pro numine colit, aliud statuendum erit: quæ etiam sententia probatur à *Couarr in d.c quamuis p.1.§. 1. numero 10 & seqq.* Cæterum loca hic notata de veteri iuramento Romanorum præter *Festum sub tit. L. verbis, lapidem silicem.* descripta sunt ex *Brissonio lib.8.de formul.fol.3 pagin 710. & Couarr. in cap quamuis part. 1. num. 11.* vbi prolixe forma huius iuramenti exponitur *adde Reuard. 5.var.5. VVesemb. in parat.h.t n 6.*

Hodie in bene constitutis.] Duplicitir per Deum iurari potest, expresse & implicite: veluti si quis per salutem liberorum iuret, hoc iurare intelligitur: ita Deus saluos esse velit liberos suos: cui maxime in iuramento decisorio, quod à parte offertur, locus esse videtur.

Moribus vero receptum est] Cum dixisset tantum iurandum esse per Deum, subijcit, moribus receptum esse, vt etiam iuretur pro alio. In quibus nulla, quam tamen verba requirunt, est oppositio: quia etiam iuratus pro alio, iurabit per Deum, & aliud est per aliquem, aliud, pro aliquo iurare. Quæstio autem hæc, an pro alio, & in animam alterius iurari possit, proposita in genere, male reuocatur ad speciem vnam iuramenti, videlicet vt ex allegatis apparet, quod calumniæ appellatur, quod an per alium præstari possit olim fuisse opiniones notat *Bart. in l.2.§.fin autem: C.d.iuram.pro; ter calum.* (ex quo loco non posse satis perspicue probari videtur, adeo vt gloss. correctam putet *l.13.§. qui alieno, d.dam. infect.* de quo pluribus infra *th.4. lit. D.*) sed hodie decisum esse per *cap vlt d. iur. calumn. in 6.* dummodo procurator habeat mandatum speciale de iurando super certa & speciali causa. Cæteroquin in quæstione ad thesin reuocata distingui possit, an agatur de obliganda conscientia alicuius, & ex vera ratione non putarim recte iurari per alium, propter summam iuramenti personalitatem, vt tamen moribus vel lege aliud recipi possit. Quod si vero de actione vel exceptione per modum conuentionis ex iuramento quærendo agatur, indistincte per procuratorem imo etiam seruum tale iuramentum præstari potest *l.9.§.pen.l.20 & l.23.l.24.l.25.h t.* si modo eiusmodi personis fuerit delatum *arg. dd text.* alias si ipsi principali deferatur per procuratorem præstari non posse statuerim, quicquid etiam dicat *Zobel part.1 differ.20.* quoniam eo plane modo quo defertur, iuramentum præstare oportet *arg.l.3.§.vlt.cum ll seqq h.t* & alias iniuria fieret deferenti, qui ab ipso domino præstari vult, cum multum intersit, à quo iuretur, *argument l.12.in princip.C.h.t.* de quo etiam infra *th 10.lit.F*

Vulgata hodierno vsu.] Varias proponit formulas Tr.1. Bey Fürstlichen Ehren vnd Trewen. 2. bey Adelichen Trewen. 3 An Aydes statt. 4. bey Christlichen Trewen vnd wahren Worten, & denique per simplicem fidei interpositionem, bey guten Trewen vnd Glauben De quibus omnibus duplex quæstio est: an sint iuramenta, & an saltem habeant iuramenti effectum, & in quibus. Et quod ad primum attinet, simpliciter statuo iuramentum eas formulas non esse cum *Couarr in cap.quamuis p.1.§.2.n.3.* quia deficiat essentiale requisitum iuramenti quod ingreditur defin

definitionem, vt videlicet fiat, per rem sacram, & idem *ibid. nu.* 1. diserte ait, longe differre simplicem promissionem à iuramento, prolixe respondens ad capit. quod ex Iure Canon. in contrarium adduci solet: vt proinde Treutl. ei iniuriam faciat, imputando quod omnes prædictas formulas eiusdem cum iuramento statuat esse efficaciæ: facit quod ipse Treutl. paulo ante dixit, tantum iurandum esse per Deum. Cæterum in promissione & formula illa bey Christlichem Glauben, fallaciam homonymiæ inesse recte aduertit *Couarr d. p. 1. §. 2. numer. 3.* quia vel intelligitur fides hominis Christiani politica, vel fides saluifica, per quam vtpote rem sacram iurari posse censet Couarru. Quæstio secunda proponitur *in vers. sane quoad promissionis, &c.* vbi affirmat, quod quoad obseruationem omnes hæ formulæ eiusdem sint efficaciæ cum iuramento, sed tantum quoad pœnam differre. Ego hanc quoque sententiam falsam esse existimo, quoniam efficacia iuramenti ab ipsa forma iuramēti fluit. Equidem non negauerim, consuetudine effectus iuramenti eiusmodi promissionibus tribui posse, maxime in eiusmodi personis, quas ad iurandum adstringi turpe sit, veluti regibus aut principibus: cæterum extra istos & consuetudinis expressæ terminos, non nisi iure conuentionū istas promissiones æstimauerim, præsertim simplices, bey guten Trewen vnd Glauben licet *Iaf. in l. 3. § iurari hoc ti.* post multos iuramento istas promissiones exæquet: quem solum recte allegauit Treutl. in cæteris Cyno Bart. *Salic.* male sequutus est fidem *VVesemb. conf. 52. nu. 19. infr.* qui hoc quærunt, an in casu *authen. sacramenta* requiratur iuramentum corporale, id est, vt ipsi ad mores suos loquuntur, tactis Euangeliis & scripturis sacris, an sufficiat simplex iuramentum, quod videlic. non fiat simplici promissione per fidem, sed inuocatione numinis diuini, & adducendo DEVM in testem: quam etiam veram iuramenti speciem esse, docet *Couarr. in c. quamuis p. 1. §. 1. num 1. & sequent.* vt proinde plane commentitium sit, quod ex *Saliceto refert.* Treutl. quasi ille iam suo tempore obseruari solitum scripserit, vt promissiones id genus pro iuramento haberentur. Distinguendum alioquin hic non immerito videatur inter species iuramenti, quarum præcipue tres confirmatoria actus, obligatoria siue promissoria in specie, & decisoria: in quo posteriori genere aliquando locus esse possit sententiæ Treutler. quoniam tota hæc res ex conuentione dependet, & ad actionem vel exceptionem quærendam sufficit, partis delationi satisfecisse, *argum. l. 3. §. vltim. cum ll. seqq. hoc tit. ex quo Iason. in dict. l. 3. §. iurati contra Fabrum, in § item si quis Instit. d. action.* (quem locum non recte accepit Treutl.) defendit, si pars dicat, quod sit contenta stare fidei actoris & credere eius conscientiæ, & actor dicat ita esse per fidem suam, actori acquiri actionem. Atquin in iuramentis confirmatoriis vbique præcise requiritur iuramentum, veluti contractu minoris *authent. sacramenta. C. si aduers. vend.* in transactione maioris *l. 41. C. d. transaction.* in alienatione rei dotalis *cap. contingat. 28.* h. t. renuntiatione hæreditatis *cap. quamuis de pactis in 6.* quibus casibus promissionem per fidem neque iure Canonico sufficere constat: vt proinde falsum sit, quod Treutl. isto iure etiam nudam fidei interpositionem pro iuramento haberi affirmat. In promissoriis iuramentis aliquo modo concedi possit, quod vim quasi eorum habeant promissiones per fidem, si officium boni viri, promittens facere velit; sed, quod recte peccat, ac qui fidem Deo teste firmatam rumpit, & minus grauiter notat Couarr. violator eiusmodi promissionis, non ita grauiter punitur: cui exemplo est, promissio iurata illustrium personarum, eiusque violationi adiecta pœna in *l. penult. C. d. dignit.* quod etiam in confirmatoriis iuramentis locum habet argum. *l. 40. C. de transactio.* cuius pœnis eum qui transactionis non iuratæ fidem rumpit, non teneri constat.

THESIS II.

LIT. A.

Ait initio, quod iuramenti istius non sit maior vis iure ciuili quam nudi pacti, ita vt propositionem istam etiam ad iuramenta confirmatoria accommodet: quoniam subiicit hoc generi, quod ita diuidit, vt vel confirmetur actus vel persona fide adstringatur. Id autē falsum esse apparet ex iam dictis, *& l. 1 Codic si aduers. vend. leg. 41. Codic. de transaction. l. penult Codic. d. dignit.* & illis ipsis quæ Treut. mox lit. B. de transactionibus & venditionibus iuris proponit. Et Cuiac. tantum de iuramentis promissoriis agere videtur, ex quibus iure ciuili non nascitur actio: cæteroquin maior eorum, quam pactorum nudorum etiam apud priscos Romanos fuit autoritas: maiores nostri, inquit alibi Cicero, nullum vinculum religione iurisiurandi

maius esse voluerunt: & periurij à censoribus notari solebant: idque est quod cit. loc. Ciceronis ex lib. 3 offic. probatur, ex quo male Wesem. etiam actionem dari concludit. In alio extremo peccant, qui iure ciuili nec vim nudi pacti iuramentum habere putant, quod iurant non pacti, sed Deo obligetur quam rationem recte improbat *Couar. in cap. quamuis p.* 1. §. 2. n. 7. & est ea manifeste falsa, quia in iuramento inest promissio, ex quo iurantem obligari necesse est.

Ex hoc tamen iureiurando.] Extra propositam materiam hæc quæstio est, an ex iureiurando liberti nascatur verborum obligatio: cuius pars affirmans inde probatur, quod cum hæc obligatio per acceptilationem dissoluatur *l. 13. in princ. d. acceptilat.* per hanc tamen tantum obligationes verbis contractas dissolui docet *l. 8. §. 3. eod.* de quo infra *p. 2. disp. 27 th. 1. lit. 1.*

LIT. B.

Qui eo casu in integrum restitui.] Vera hæc sententia est, quod minor contra contractum iuratum non restituatur: quod ita etiam docet. *Bart. Salic. Castr. Sich. in auth. sacramenta C. si adu. vend. & alii citati à Jas. ibid. & à Gomes. 2. resol. 14. Sfortia restit. q. 26. art. 6. vt notandum sup. disp. 11. th. 9. lit. C.* Quam opinionem cum Sfort. testetur esse communem, vitiose Tr. allegato tantum pro se Schneid. & Gail. ita proponit, quasi communiter Dd. inter quos nominatim iniuriam facit Salic. dissentirent.

Et tamen ipso iure.] Ait conuentiones iure inualidas iuramento nunquam confirmari, adeoque, cum in præcedentibus contractum minoris iuramento confirmari statuat, consequitur, quod ex sententia Bulgari authentic. sacramenta, ad contractum iure validum restringat. Verum vt maxime hanc explicationem admittat *lege prima, Codic. si aduers. vendit.* quia quod iure nullum est, priuata authoritate non firmatur, & ex ratione iuris ciuilis, vbi actui nullo iuramentum, quod actum illum fulcire non potest, adijcitur, iuramentum solum manere oportet, ex quo iure ciuili nulla est obligatio: verum per authent. subiectam Friderici proculdubio authoritatem canonum sequuti, amplius aliquid adiectum esse verosimile est, cum alias regulare sit, vt per authenticas Iuri Codicis aliquid adijciatur aut derogetur: eaque communissima interpretum sententia est, quam confirmauimus *d. disputat. 11. thes. 9. lit. C.* Sed vt paulo generalius disputemus, propositio ista vniuersalis Treutl. quod actus inualidus iuramento nunquam confirmari possit, multa cautione & non vna distinctione indigere, cum multæ nullitatis illius sunt causæ. Dicitur enim actus nullus vel propter qualitatem obiecti, quod in se turpitudinem habet, vel propter defectum alicuius requisiti essentialis aut solennitatis, vel ob solam conditionem personæ: itemq; nullus est vel iure gentis naturæue aut canonum, vel mera dispositione iuris ciuilis: quæ distinctiones partim proponuntur a *Cyn. in authent. sacramenta num. 2. Salicet. & alij Dd. ibid.* quibus addenda & hæc quod aut quæritur de confirmando actu aliquo ex illo ipso iure, quo inualidus est, aut ex iure diuerso; quod potestatem habet alteri iuri derogandi: quamuis & absurdum non sit actum inualidum, aliquo modo ex eodem iure cõfirmari: quod docetur argum. *l. 1 Cod. si aduers. vendit.* etenim si ex ratione iuris ciuilis hactenus robur potest dari contractui, vt excludatur beneficiũ restitutionis, porro etiam ita cõfirmari poterit, vt excludatur aliquod saltem beneficium nullitatis, quod scilicet causatur qualitas personæ, vel etiam mera ciuilis dispositio. Ex quo nullo negotio respondere potest ad Treut. rationem, quod iuramentum non debeat esse vinculum iniquitatis: quoniam iniquitas duplex statui potest: alia in se & absolute talis, alia ad meram rationem iuris positiui, qualis in specie *l. 1. C. si aduers. vendit.* vel hoc argumento, quod contractum minoris sine curatore multi ex neotericis iure validum, vulgo Dd. inualidum statuunt, adeoq; iuramẽtum eiusmodi contractus confirmatorium, pro vero iniquitatis vinculo haberi non potest, sicuti nec reuera iniquitas est, contractum mero iure ciuili inualidum confirmari: atq; canones, qui iuramentum iniquitatis vinculum esse nolunt, iniquitatem eius ius naturæ vel gent. offendentem intelligunt, de quo etiam Couarr. *in cap. quamuis p. 2. in princ. num. 4. & 6.*

Atque hinc ortum est.] Præmissa ostendunt, malam esse hanc illationem, qua concludit Tr. donationem inter coniuges & eam quæ excedit 500. solidos iuramento non confirmari: quoniam prohibitio ista est mere ciuilis & insinuatio externa tantum & à lege ciuili introducta solẽnitas, sicut & determinatio illa summæ mere ciuilis est, quæ & minui & augeri possit, velut ante Iustin. fuit 200. solidorum, à Iustin. ad 300. *l. 34. C. de donation.* postea ab eodem ad 500. solidos producta, *l. pen. in fr. C. de donation.* Quin & donatio inter coniuges non simpliciter, sed quatenus alter pauperior, alter locupletior fit, prohi-

prohibita *l. 25. d donat. inter vir. & vxor.* & multis casibus admissa est *l. 14. 15. § 4. l. 40. d. t l 45. d vsur.* & quæcunque tandem morte confirmatur *l. 32. d. donat int. vir. & vx.*

Sed an iure Canon.] Pergit porro Tr. nec iure Canon. donationem quæ excedit 500. solidos per iuramentum confirmari.

Quam sententiam falsam esse existimo, quoniam actus aliquos iure Canon. propter iuramẽtum subsistere videmus, in quibus maior est prohibitionis ratio: maior nullitas & iniquitas: quod ostenditur exemplis adductis *à Geil 2. obseru.* 40. alienatione rei dotalis *cap. cum contingat 29. d iureiur.* pacto commissario *arg cap. significante. d. pignor* in quo pontifex ideo quidem contra creditorem respondet, quod pactum illud improbatum sit, sed ideo respondet contra iuramentum, quod ibi pecuniam ante diem transmissam, sed nuntium rupisse fidem, & debitorem extra culpam fuisse proponebatur. Exemplum illustrius est *in c. quamuis. d. pact. in 6.* per quod ius quodammodo à natura quæ successionem liberis defert, quæsitum, iuramento tolli potest: quanto magis tolli poterit iuramento ius quæsitum mera lege positiua, videlicet reuocandi donationem, quæ à maiori libera voluntate facta, & iure gent. perfecta & efficax est, quod ius eiusmodi reuocatione cum offendatur, tanto minus dubitandum est, ex ratione iuris Canon. iuramento posse confirmari. Vnde consequitur necessario, verissimum esse, quod à Geil. scriptum male omuino improbat Tr. donationem eiusmodi contra bonos mores iuris Canon non esse, multoque minus super ea interpositum iuramentum: quoniam vt dictũ est, actus ille iure gent. valet, adeoque nullo modo peccatum fouet aut nutrit, ex quo genere quæ sunt, ea demum contra bonos mores iuris, Canon. esse dicuntur. Neque quicquam huic facit ratio, quod legibus positiuis etiam in foro animæ parendum sit: quia lex ciuilis minime imperat aut iubet præcise reuocare donationem, sed tãtum permittit. Neque obstat etiam, quod iuramentum sit contra publicam vtilitatem, ne quis re sua male vtatur. quoniam vt in terminis huius quæstionis respondent *Couarr. in c. quamuis p. 2. § 1. numer 13. & Rolandus à Valle volum. 1. consil. 19. n. 48.* cum iuramentum nullum esse dicimus, quod offendit publicam vtilitatem, directo eam offendi oportet & principaliter, quod aliàs nihil non dici posset offendere publicam vtilitatem.

De donatione inter virum.] Prædictis cõsequens est contra Tr. quod donatio inter coniuges iura Canon. per iuramentum confirmetur quia & hic mera, quin nec perpetua iuris positiui prohibitio est: & rationes quæ desumuntur *ex l. 1. & seq. de donation. inter virum,* præterquam quod non necessario, sed probabiliter tantum concludunt, donationem illam principaliter offendere publicam vtilitatem minime efficiunt. Vnus scrupulus in hac tractatione restat, quem mouet *Treutl in vers. interim & hoc &c.* quod separata quæstio sit, an iuramentum addat validitatem contractui, & an sit seruandum: qua in re pugnantes interpretum opiniones refert *Couar. in cap. quamuis p. 2. §. 1.* numero 17. Videri possit disputatio hæc magis in verbis, quam in rebus consistere: quoniam effectu hoc quęritur, an ex ratione iuris Canonici, qui vltra 500 solidos, qui coniugi donauit, donationem seruare teneatur, quod vtique affirmat, quod iuramentum eo iure validum & seruandum esse dicit: sicuti cum iure ciuili eiusmodi iuramẽtum frustra esse dicimus, hoc dicimus, quod & actus nullus & ipsum iuramentum sit nullum. Sed possunt tamen non exigui momẽti effectus proponi, quorum cit. loc. meminit Couarr. 1. quod si contractus ipse non confirmaretur, eo heredes non obligarentur. 2. quod mulier quæ alienationem fundi dotalis iuramento firmauit, eã à tertio possessore petere posit. 3. quod stante communi sententia, contractum confirmari, etiam impetrata absolutione à iuramento, contractus manere validus. Verum ad hæc dici potest 1. quod cum ex iuramento obligatio vtique nascatur etiam solo, ad minimum possidens exceptione etiam contra heredes se defendere posset. 2. quod iuramentum non intelligatur fieri in solum fauorem personæ accipiẽtis, sed simpliciter vt seruetur id, quod actum est. 3 quod sublato iuramenti vinculo, quod vnum contractum sustinet. ipsum quoque contractum amplius subsistere non posse, sed redire quasi ad naturalem suam nullitatem, pristinæ suæ nuditati relictum consequitur, quæ ipsa quorundam opinio ibidem à Couarruv. proponitur Cæterum, vt omnibus istis occurratur, probandam censeo communem sententiam, quod actus ipsi per iuramentum confirmentur, ex hac præcipue ratione, quod illi ex se nulli nõ sunt, sed tantum à lege ciuili ademptis effectibus pro nullis reputantur. iuramentum autem autoritate iuris Canon. subnixum, considera-

præterito anno creuit & collectum est. Intelligendus est minus dixisse, quam sensisse, vt excluderet saltem vinum recentius, quia proculdubio etiam ante plures annos collectum vinũ vetus est. *l. 11. & 12. d. tritic. legat.* quod etiam vinum ante annum collectum vetus sit dicendum. Limitat tamen hoc Acc in vino, quod non fert ætatem, sed post annum acuit & corrumpitur: in hoc enim genere vini illud vetus dici, quod clarescere incipit. Quam ego sententiam omnino veram & improuide à Tr. improbatam aut non intellectam existimo: quoniam si etiam hic distinctio vini veteris & noui locum habere debet, vt sane debet, aliud vetus dici non potest, quam quod iam defecatum clarescit.

Imo nec vetus licet melius.]Præsupposito vinum esse melius, dubia videtur hæc sententia, si videlicet in eodem gradu melius sit & genere, vt proponit *Sal ex Odofredo Iacobo & Petro in l. 3 h t. n* qui putant non posse recusare hoc creditorem, quam ipsam sententiam post *Bart. ibi d. n. 6.* d. loco non obscure probat *Sal. male à Tr. allegatus:* & facit quod tritico viliori proculdubio potest solui Africanum, quod melius est. *arg l. 75. §. 2 de V. O.* neque capio, quodnam esse possit periculum illud futuri temporis, cuius Tr. mentionem facit, de quo quidem apud gl. Bart. & Sal nullum extat verbum.

THESIS XII.

LIT. A.

Scopulus hic est de mutatione monetæ, quem prætervueheret libens nisi aliquid disci te cogeret series tractationis: & primo Tr. Ait non corpora nummorum huc materiam, sed æstimationem creditam intelligi. Quæ sententia simpliciter recipienda non est, quia licet valor ex natura huius contractus, vbi corpora ipsa non restituuntur, in considerationem veniat, attamen etiam ipsius materiæ ratio habenda est, quia hæc est fundamentum & causa valoris, qui pro diuersitate materiæ est diuersus, siquidem in Repub. bene constituta, inter valorem & materiam iustam oportet esse proportionem: Veluti ita publica lege Imperii constitutum est: eamque sententiam, quod materiæ quoque ratio habenda sit, prolixe confirmat *A. Fab in speciali tractatu de variis debitor. nu solut.* idque est quod ex Dd proponit *Coua de vet. numismat potest. c. 7. nu. 5.* materiam ita æstimandam esse, & tantum, quantum alias valeret publico charactere non percussa. Et vero si æstimatio tantum credita esset, vix defendi posset limitatio Tr. subiecta hac litera nisi creditor ex diuersa moneta damnum passurus sit: quoniam qui accipit, quod mutuo dedit, nihil conqueri potest. Scio sub Friderico Imperatore bellum in Italia gerente, inopia rei argentariæ, militibus in corio, in speciem nummi efformato, stipendium solutũ fuisse Sed ille metonymice nummus fuit, & nummi signum, pro quo, confecto bello, ex ærario principis verus nummus repræsentatus fuit.

LIT. B.

Siue in bonitate intrinseca] Si mutatio materiæ ipsius contigerit, eiusmodi nummos, & in ea bonitate restituendos censet Treut. quæ fuerit tempore contractus. Hoc quidem iuxta prædicta, quod materiæ ratio habeatur, bene defenditur. quoniam alias cum iniuria creditoris verbi causa pro aureis puris restitui possent contaminati. cæterum si æstimatio tantum credita censeatur, non videbitur iniuriam accipere creditor si ei nummi eiusdem valoris licet in materia deteriori restituantur. Sed illud etiam hic in considerationem venire potest, quod cum finis principalis nummi sit permutatio, vt docet *Aristot 1. polit. 6.* illud vel maxime attendendum est, quod mutata moneta, quæ comparandis rebus necessariis inuenta est, ipse quoque rerum valor mutatur, crescit aut decrescit Vbi circa bonitatem intrinsecam & extrinsecã hæc proportio est, vt materia meliori facta, vel eius eadem bonitate durante, & valore minuto, rerum pretia decrescant: materia autem facta deteriori, vel eadem manente & aucto valore, rerum pretia excrescant. Quo fundamento posito, cum pecunia mutuò accepta, in comparandas res necessarias conuersa præsumatur, ex interposita illa proportione inter mutationem in bonitate intrinseca & extrinseca distinguendum esse necessario consequi videtur, neque circa vtramque in hac quæstione idem statui posse. quod tamen male facit Tr. Sed siquidem monetæ bonitate extrinseca mutata, spectandum est tempus solutionis, iuxta ea quæ mox sequuntur: monetæ bonitate intrinseca mutata, spectandum esse tempus contractus: quæ etiam est sententia *gloss & commun. Dd. in l. cum quid. 3. h t. attestante id insuper ibid. Castr. num. 5. & 6.*

LIT. C.

Siue extrinseca.]Hic quoque simpliciter vult spectari tempus contractus, adeoque siue aucto siue diminuto valore, vt videlicet tantũ, quantum acceptum est, reddi videtur: ita vt de acciuua.

creuerit, debitor deducere possit valorem, vel incrementum, quod veteri æstimationi intra tempus solutionis accessit: vel si quantitas monetæ decreuerit, debitor supplere teneatur valorem, qui tempore contractus concurrit, velut hoc proponit *Mynſ.4.obſ. 1. velut, Couar. de vet. numiſ poteſt c 7.§.1.n.3 ex Molin.d. contr. q. 92. & ſeqq.* qui tenetur soluere creditori centum aureos Castellaneos, & hi essent post contractam obligationem extrinsecus diminuti, tenetur omnino soluere creditori æstimationem illam, quam tempore contractus habebant centum Castellani, & sic numerum augere. Quod si Castellanorũ valor esset auctus, satis esset, & satis fit creditori, si debitor soluat pauciores Castellanos, qui iuxta nouum augmentum æquipollent centum illis obligationem deductis: *idem Teſſaur. deciſ. 174 num 6.* Sed dubiam facit hanc opinionem, ratio paulò ante proposita, quod siue aucto siue diminuto valore, rerum quoque pretia augentur aut decrescunt: v. c. ante non adeo multos annos florenus aureus valuit 16 baciones, qui hodie æstimatur 19. quod augmentum valoris, cum sit consequutum augmentum pretij omnium rerum, iniuria fiat creditori, si inspecto tempore contractus alteruto tanto pauciores ferè restituantur: sicut ex aduerso iniuria fieret debitori, si de minuto valore plures Rhenanos exsoluere cogatur. Cuius rei fundamentum in eo positum est quod quo pluribus bacionibus æstimari incipit Rhenanus, eo baciones illi aucto quippe rerum pretio habendi sunt deteriores: & res ipsa ostendit, quod ante 40. vel 50. annos vnus bacio tanti fuerit, quantum hodie fere duo: ita vt qui hodie tot aureos soluit, quot accepit ante quadraginta annos, tantundem soluere intelligendus sit. Quod si vero in minuta moneta soluere velit, tot baciones, quot hodie aureus æstimatur, soluere debeat: eaque distinctio in hac quæstione vel maxime necessaria videtur, & vt in exemplo proposito maneamus, si de reddendo mutuo in aureis ante 40. annos acceptis quæratur, & de nostris bacionibus restituendis tractetur & aureus 19 bacEis æstimetur, reducto ad valorem pristinum æstimatione: si secundum illud solutio facienda statuatur, 16 baciones in singulos aureos satis erunt, vel vnus aureus cum 3 bac duorum aureorum vicem, cum insigni creditoris iniuria supplebit. In eoque Treutl. cum reliquis errare videtur, quod non animaduertunt, manente eadem bonitate aurei & aliarum specierum maioris monetæ, minutam monetam quoad ipsam bonitatem intrinsecam deteriorem fieri, exinde causam esse, cur valor maioris monetæ augeatur: quod qui passim comites & ciuitates ius cudendæ monetæ habent, conflata maiori moneta, inde lucro suo minorem monetam conficiunt deteriorem. Considerandum & hoc, quod Romani olim Imperij fines amplissimi erant, longe que constantior monetæ valor, cum & nulli præter Imperatorem monetæ condendæ ius, neque minus dissoluere & conflare nummos prohibitum erat. Quæ omnia hodie in nostro imperio secus se habent, cuius angusti præsertim fines, adeoque eodem valore extra imperij fines, in quibus quotidie ciues negotiantur, pecunia exponi non possit. Verum hæc rei monetariæ peritis discutienda relinquamus:

Nota tamen. Ad sententiam in th. propositam, quod spectandum sit tempus contractus, subiicit limitationem, nisi debitum sit vsurarium quo casu augmentum monetæ creditori deberi negat. Et initio quidem hic non rectè confundit vsuras & interesse, quod æquitatis intuitu omni iure debetur, de quo *infr p.2. diſp.3. th.2.* Deinde vel ideo limitatio bene se non habet, quod mutatio monetæ, prout vel augetur vel minuitur, ita non tantum oneri, sed etiam commodo potest esse debitori. Ideoque restringendum hoc est ad casum, quo monetæ valor decreuit: v. c. si taleri imperiales tempore contractus æstimentur 23. baz & mutato valore tempore solutionis valeant 20 ex sententia Treutl. in singulos taleros 3. baz. a debitorẽ erunt addendi: quod scilicet augmentum monetæ à Treu. significari intelligendum est. Porro si ex natura contractus, ita solutio facienda est, reducta æstimatione ad tempus, quo pecunia mutuo data est, & nisi illud fiat, minus recipere creditor intelligi debet, falsa erit illa limitatio, quod hoc augmentum in debito vsurario non debeatur: quia imo augmentum habendum non est, siquidem ex sententia Treutl. hoc modo tantundem creditor recipit. Eoque falsa ratio est, quod alias debitor duplici onere grauaretur: quoniam onus non est pecuniã ea quantitate reddere, qua acceperis: cum nec simpliciter vsuræ in onere ponendæ sint, quæ in compensationem quandam promitti & solui intelliguntur, vt ipse disputat Treut. *infr. p. 2 diſp. 1. th 1.* Quin & cum ex accidenti sit valorem monetæ diminui, nec minus idem augeri potuerit, qui ex incerto euentu sentiet lucrum, etiam onus

sentire debet. Vitiosa etiam est altera ratio, quod in credito vsurario simpliciter quantitas non corpora nummorum considerentur: quoniam hoc nihil facere potest, vt tãto magis vel minus augmentum debeatur: & tamen nulla ratio est, quæ suadeat in credito vsurario potius quàm in gratuito quantitatem spectari: quoniam hactenus vtrumque mutuum eiusdemque naturæ est & conditionis, & vsuræ non ex mutuo, sed separato stipulationis contractu debentur: & ipse Treutl. *lit. a.* in genere proponit, quod non corpora nummorum, sed æstimatio credita intelligatur.

Quod aliud est] Sublimitatio hæc est qui statuit cum *Tessauro decisione* 174. in venditione cũ pacto reluendi aliud obseruari: id est, quod hic & augmentum monetæ & reditus annui sint præstandi. Referendum enim hoc est ad vulgatissimum hodie contractus genus venditionis annuorum redituum, in quo creditor qui emptor redituum dicitur, pecuniam repetere nequit, sed debitor qui venditor dicitur pecuniam offerre & reluere potest, quam sententiam Tr. esse colligitur ex citat. Tess. vbi duplicem fere affert rationem, quarum prima est, quod magis naturale sit percipere fructus: qua scilicet respicit ad genus illud contractus ita formatum à Pontifice *in extrauag. regimini. de empt. & vend.* vt videlicet pro pecunia data creditori detur fundus, ex quo percipiat fructus quamdiu debitor pecunia vtatur. Sed nec ita hic contractus hodie celebrari solet, & non male docet *Hottom.* 2. *obs.* 15. velamen hoc quoddam, & reuera contractum vsurarium esse. Altera ratio est, quod penes debitorem sit reluere vel non. Verum multa interuenire possunt, vt iustissimam & necessariam causam reluendi debitor habeat, neque quod monetæ valor mutuatus est, perpetuo debitor fundo suo carere, aut pensiones annuas præstare, adstringi debet. Quibus consequenter nulla inter hunc & præcedentem casum in hac quæstione ratio differentiæ statui debet.

Item in debitore moroso] Hic quidẽ nulla dubitandi ratio est, quod mora semper ei nocet, qui moram admisit: sed illud dubium, quod illum attineri etiam ad interesse augmenti monetæ: quod quidem, cum per interesse vsuras intelligat, quæ non nisi ex stipulatione debentur, falsum esse existimo.

Vbi & illud in fine.] In extremo huius th. hoc proponit, quod si lex simpliciter aliquid disponat de pecunia, valorem accipiendum esse secũdum tempus statuti, & addit exemplum inhibitæ donationis vltra 500. solidos. Quæ assertio dubia redditur ex ratione iam sæpe proposita, quod aucto maioris monetæ valore augeantur rerum pretia, & deterior fiat moneta minor. Finge tempore statuti solidum æstimari floreno integro & dimidiato, adeoque 22. & dimid. baz. inhibita ita erit donatio vsque ad 750. flor. si postea valor solidi excrescat vsq; ad duos florenos, & ita 30. baz. quoniam hi baziones deteriores sunt, & propter auctum pretium rerum veteres illi 750. floren. tantum censendi sunt, quanti noui 1050 flor. defendam vsq; ad 1000. flor. licitam esse donationem.

THESIS XIII.

LIT. A.

Proponitur hic quæstio de æstimatione rei deperditæ & quidem ab hoc loco aliena eademque difficillima, super qua pene iurauerim mihi non liquere. Illud autem initio peccat Tr. quod in th. proponitur de specie debita amplius non reperta, & tamen in allegatis subijcit dissentire eos, qui putent in hoc contractu indistincte liberari debitorem præstita æstimatione. Et enim illud in th. traditum de specie amissa, non habet locum in mutuo, in quo corpus creditum consumitur, neque idem, sed tantundem restituitur. Porro quæstio illa an in hoc contractu æstimationem præstare liceat, tantum in vino, frumento & aliis pondere & mensura constantibus, non in pecunia numerata locum habet: quam quidem ego contra Tr. magis est, vt affirmandam esse credam: quod sc. in istas res nulla cadat affectio. neque intersit creditoris, an frumentum, an tantam pecuniæ summam accipiat, qua frumentum comparari potest.

Interim verum est.] Quasi per modum limitationis subijcit, quod argento ad pondus accepto pecunia possit reddi, si modo, pure argentea & in pondere reddatur. Atqui hęc nulla limitatio est, quod ita non æstimatio, sed pondus redditur.

LIT. B.

In æstimanda re deperdita cũ Cuiac. & Hottom. in bonæ fidei iudicijs rei iudicandæ, in strictis, litis contestatæ tempus spectari tradit subiecta ratione, quia in his iudex ad certam quantitatem in iudicium deductã adstrictus est, ideo petitionis tempus spectetur, & petatur res vt nunc est: in his vero iudex liberam ex bono & æquo æstimandi potestatem habeat, quantum

dari

dari oporteat, ideoque totum referatur ad tempus rei iudicatæ. Quæ ratio forte non satis concludit, quod libera illa æstimandi potestas ad præstationes fructuum vsurarum, & alia quæ ex bono & æquo debentur, pertinet, tum etiam prior illa pars videtur destrui per limitationem subiectam *in vers. in stricti iuris*, qua debitorem qui ante litem contestatam moram fecit, vtro tempore res pluris fuerit, cõdemnari existimat: quod si n. iudex ad id, quod in iudicium deducitur tempore litis contestatæ, præcisè adstrictus est, æstimationis quæ ante litem contestatam fuit, rationem habere non poterit. Fortassis ita supplenda ratio erit, quod iudex in bonæ fidei iudicijs etiam, quæ postea contingunt, attendere potest: quomodo rectior erit inter duo illa mẽbra oppositio, & non obscure hinc confirmatur, quod etiam exceptiones formulæ non insertas post litem contestatam admittere iudex potest. Cæterum in hac quæstione ita distinguendum est: quod res aut perijt citra culpam, qui casus tantum ad mutuũ pertinet, quoniam debitor speciei naturali aut fortuito rei interitu liberatur: aut perit interueniente mora vel culpa debitoris. Et hic rursus aut perit, ante aut post litis contestationem. Illo casu si ad iudicem deuentum est, iuramento in litem res æstimatur, quoniam sine iuramenti delatione rẽ, quæ non extat, iudex æstimare non potest *l. 5. §. vlt. de in litẽ iur.* quod de actionibus stricti iuris ibi traditum, in quibus aliàs regulariter in litem non iuratur, etiam & multo magis in bonæ fidei iudicijs locum habere, recte notat *Ant. Fab. 16. coniect. 3.* Hoc casu res citra iuramentum, præterquam si in bonæ fidei iudiciis dolus rei interueniret, à iudice æstimatur, in stricti iuris iudiciis quanti litis contestatæ tempore, in bonæ fidei, quanti rei iudicãdæ tempore fuerit. Cui regulæ in vtroque casu limitationẽ addit Tr. nisi debitor fuerit in mora: quod alias absurdum videatur, moram non nocere reo, & conditionem actoris per litis contestationem fieri deteriorẽ. In contrarium tamen disputat *Ant. Fab. 16 coniect. 3.* ita duo illa tempora considerari, vt tẽpus moræ non attendatur: tum quod in stricti iuris iudiciis illud tantum veniat, quod in iudicium deductum fuit: tum quod aliàs sequeretur, rarissime locum habituram istam actionum differentiam, quod non facile sine mora ad iudicem eatur. Vbi tamen fortassis non incommode respõderi possit, differentiam illam explicandam esse positis terminis habilibus, si videlicet litis contestatæ tempore vel post res pluris esse deprehendatur, & hactenus inter se actiones illas opponi, vt quanti æstimatio creuit vsque ad litem contestatam, in stricti iuris iudiciis, quantum vsque ad condemnationis tempus in bonæ fidei iudiciis præstetur. Nam & absurdum fuerit, quod dicitur in his spectari tempus rei iudicandæ, ita præcise accipere, vt si res pluris fuerit tempore litis contestatæ, vel intermedio, id in condemnationem deduci non possit. Magis pro Ant. Fabr. facere videtur, ab ipso tamen non propositum, quod re deperdita ante litem contestatam necessarium dicitur esse iuramentum in litem. Quod si enim res possit æstimari à iudice, quanti fuerit tempore moræ ante litem contestatam, etiam possit æstimari à iudice, si perierit ante litem contestatam, quoniam quanti tẽpore moræ fuerit, facile sciri posset: vt proinde officium iudicis ad tempus illud, quod litis cõtestationem antecessit, porrigi non posse videatur. Neque valde mouet, quod litis contestatione non debet deterior fieri cõditio actoris: quia imo deterior non fit, vel qui potuisse statim mora commissa rem petere, vel quia hoc ex accidenti est, quod res pluris fuit tempore moræ: & omnino cum hæc sit actionis natura, nihil habet actor quod conqueratur: quæ etiam causa est, quamobrem in stricti iuris iudiciis fructus ante litem contestatam percepti non debentur *l. 38. §. 7. de vsur.* Non obstabit etiam *l. 22. h. t.* ad quam & similes respondet *Ant. Fab.* per distinctionem inter moram lapsu diei & interpellatione contractam: quamuis hoc ipsum dubium sit, an lapsu diei mora contrahatur, de quo *infr. p. 2. disp. 3.* & differentiæ ratio nõ satis perspicua est, quinimo vtrobique eadem ratio, quod ex quo dies lapsa vel debitor interpellatus est, iam soluere se debere intelligit, de quo tamen vide plenius *Ant. Fabr. 16. coniect. c. 6.* Illa alia quæstio est, an tempus rei iudicandæ ita spectetur, vt præcedentis nulla ratio habeatur. quod quidem affirmat *Ant. Fabr.* sed ego falsum esse non dubito, cum nihil videri possit absurdius, quam ita præcise extrema illa, & quasi puncta spectari, & repugnat ratio ante proposita, quod in his iudiciis iudex etiam quæ post litem contestata proponuntur vsque ad sententiam audire & admittere queat & sunt omnino leuissima Fabri argumenta. Pluribus hanc quæstionem explicare & extricare, nec animi nec ingenii est.

Iudex ad certam quantitatem.] Cum hanc quæstionem

Lit. D.

Non tamen probo.] Recte improbat sententiam istam Delrio: quoniam perpetua hæc significatio est verbi, *periculum*, vt denotet interitum rei naturalem vel fortuitum. Ideoque etiam probo explicationem *l.4 h.t.in verſ.& ſi periculum*; quæ fuit olim ſententia Iohannis, quoniam deponitur ibi pecunia gratia mutui, & depoſitum illud ordinatur ad mutuum. vt loquuntur *Bartol. & Caſtr. in dict l.4* licet *Bartol. & Salic. ibid.* magis probent ſententiam Azon. vt tum demum res ſiue pecunia accipientis periculo ſit, ſi modo eius aliqua vel leuiſſima culpa præcedat. Castrenſ. autem cum aliis magis diſtinguit, an pecunia adnumerata, an in ſacculo fuerit depoſita.

Quod ſi debitor pacto.] Vt quis pacto ad carceres ſe obligare poſſit, rationi iuris conuenire nō videtur; quod hoc excedat poteſtatem conuentionis: ex qua non niſi actio ad dandum vel faciendum naſci poteſt: neque vlla actio, qua quis intendat aliquem in carcerem ire oportere iure noſtro prodita eſt: de quo pluribus *infr. part.2. diſput 29. th. 4. lit. F.* vbi Tr. ſimili errore, quod fideiuſſor ad carcerem ſe obligare poſſit, defendit. Et tamen Tr. caute hic non ſimpliciter hoc pactum probat, ſed tum demum aliquid operari ſtatuit, ſi facta prius excuſsione, debitor non ſoluendo deprehendatur. vt adeo prius actionē intentatam eſſe oporteat, nec aliud quicquā operetur pactum, quàm vt per illud beneficio ceſsionis bonorum videatur eſſe renunciatum: quod an iure ſubſiſtat, tractatur *infr. p.2. diſp. 24. theſ. 4.*

Super debito alieno.] Quod hic proponit, mulierem quæ renunciauit Velleiano, efficaciter ad carcerem ſe obſtringere poſſe, intelligendū eſt proponi ex conſtitutione Electoris Auguſti *part.2. c.21.* Vix enim eſt, vt iure ciuili hoc obtineat, quo vix in cauſis criminalibus mulier carceri poteſt mancipari *Nou.134. c. 9.*

Illo vero caſu.] Debitorem non excuſſum, & cui aliquid pro alimentis relictum eſt ſuis ſumptibus alere ſe debere tradit. In quo nulla plane ratio dubitandi eſſe poteſt: & ad quæſtionem de incarcerando debitore, caſus debitoris nondum excuſſi pertinere non poteſt, quoniam hic etiam incarcerari non poteſt.

THESIS XV.

Theſis hæc tota fugitiua eſt, eiuſque materia proprio loco tractatur *infr. p.2. diſp.24. th. 7.* ideoque paucis eam perſtringamus. Ait lit. A. hypothecam quam habet, qui in ædificium extruendum credidit præferri expreſſæ: quod idem repetit lit. E. quod etiam tempore prioribus præferatur: quoniam ſi præfertur, neceſſum eſt præferri prioribus: alias ead. poteſtas eſt tacitæ & expreſſæ, vt ex tempore ius vtriuſque æſtimetur. Eſt enim ead. ratio & vis hypothecæ tacitæ ex SCto, & eius qui in rem aliam credidit ſub expreſſa hypotheca, quia vtraque priuilegiata eſt: quod ipſe tradit *Tr. in th. lit. e.* adeoque fruſtrance, quaſi per modum ampliationis ſubiicit, adeo etiam, vt tempore prioribus præferatur: quoniam priuilegium hypothecæ in nulla alia re, quàm in iure prælationis conſiſtere poteſt. Et illud ipſum tamen *in th. lit. D. & E.* parum ſubtiliter dicitur, quod qui creditur in rem obligatam: non habeat tacitam hypothecam, ſed expreſſam priuilegiatam: quia nullam plane hypothecam ex ſententia ipſius Treutl. de quo *infr. d. diſp.24.* habet, niſi quam ſibi conuentione parauit, hoc autem facto ius prælationis conſequitur: quod non ſatis bene expreſsit Tr. Addit autem ead. lit. E. quod hic creditor cedat doti priori Ego verius exiſtimo, quod etiam cedat doti poſteriori, ex ipſa *cit. Nou.97.* quam Treu. adduxit, & male intellexit, cum ibi tantum excipiatur, qui in militiam credidit, de quo pluribus *d diſp.24* Tria autem colliguntur requiſita ex hac th. vt hypothecæ & prælationi locus ſit; vt expreſſe de pignore conuentum, vt nominatim ad emendum vel reficiendum pecunia credita, & vt in eam rem conuerſa ſit: quod aliàs ius prioritatis aliis creditoribus quæſitum, cum iniuria afferretur. Colophonis loco notare liber, quæ hac diſp. alieno loco propoſita ſunt, & 1. *th 9.* prolixe de pupillo minore, &c. 2. *ead. th. lit. D.* an prodigus lege, an ſententia fiat. 3. *th.11.* de ſolutione particulari, & ante diem, itemque de mutatione libelli. 4. *th. 13.* de æſtimatione rei peremptæ. 5. *th.14. tit. 6. & ſeqq.* de debitore liberando per interitum rei, itemque eo excutiendo, & tandem 6. tota theſ. vlt. de priuilegio & prælatione creditorum.

definitionem, vt videlicet fiat, per rem sacram, & idem *ibid. nu.* 1. diserte ait, longe differre simplicem promissionem à iuramento, prolixe respondens ad capit quod ex Iure Canon. in contrarium adduci solet: vt proinde Treutl. ei iniuriam faciat, imputando quod omnes prædictas formulas eiusdem cum iuramento statuat esse efficaciæ: facit quod ipse Treutl. paulo ante dixit, tantum iurandum esse per Deum. Cæterum in promissione & formula illa bey Christlichem Glauben / fallaciam homonymiæ inesse recte aduertit *Couarr d. p.* 1. §. 2. *numer* 3. quia vel intelligitur fides hominis Christiani politica, vel fides saluifica, perquam vtpote rem sacram iurari posse censet Couarru. Quæstio secunda proponitur *in verf. sane quoad promissionu, &c.* vbi affirmat, quod quoad obseruationem omnes hæ formulæ eiusdem sint efficaciæ cum iuramento, sed tantum quoad pœnam differre Ego hanc quoque sententiam falsam esse existimo, quoniam efficacia iuramenti ab ipsa forma iuramēti fluit Equidem non negauerim, consuetudine effectus iuramenti eiusmodi promissionibus tribui posse, maxime in eiusmodi personis, quas ad iurandum adstringi turpe sit, veluti regibus aut principibus: cæterum extra istos & consuetudinis expressæ terminos, non nisi iure conuentionū istas promissiones æstimauerim, præsertim simplices, bey guten Trewen vnd Glauben licet *Iasin l.* 3 § *iurari hoc ti.* post multos iuramento istas promissiones exæquet: quem solum recte allegauit Treutl. in cæteris Cyno Bart. *Salic.* male sequutus est fidem *VVesemb. conf.* 52. *nu.* 19. *infr.* qui hoc quærunt, an in casu, *authen. sacramenta* requiratur iuramentum corporale, id est, vt ipsi ad mores suos loquuntur, tactis Euangeliis & scripturis sacris, an sufficiat simplex iuramentum, quod videlic non fiat simplici promissione per fidem, sed inuocatione numinis diuini, & adducendo DEVM in testem: quam etiam veram iuramenti speciem esse, docet *Couarr. in c. quamuis p* 1. §. 1. *num* 1. *& sequent.* vt proinde plane commentitium sit, quod ex *Salicete refert.* Treutl. quasi ille iam suo tempore obseruari solitum scripserit, vt promissiones id genus pro iuramento haberentur. Distinguendum alioquin hic non immerito videatur inter species iuramenti, quarum præcipue tres confirmatoria actus, obligatoria siue promissoria in specie, & decisoria: in quo posteriori genere aliquando locus esse possit sententiæ Treutler. quoniam tota hæc res ex conuentione dependet, & ad actionem vel exceptionem quærendam sufficit, partis delationi satisfecisse, *argum. l.* 3. §. *vltim. cum ll. seqq. hoc tit. ex quo Iason. in dict. l.* 3. §. *iurati contra Fabrum, in* § *item si quis Instit. d. action.* (quem locum non recte accepit Treutl.) defendit, si pars dicat, quod sit contenta stare fidei actoris & credere eius conscientiæ, & actor dicat ita esse per fidem suam, actori acquiri actionem. Atquin in iuramentis confirmatoriis vbique præcise requiritur iuramentum, veluti contractu minoris *authent. sacramenta. C. si aduers vend.* in transactione maioris *l.* 41. *C. d. transaction.* in alienatione rei dotalis *cap. contingat.* 28. *h t.* renuntiatione hæreditatis *cap quamuis de pactis in* 6. quibus casibus promissionem per fidem neque iure Canonico sufficere constat: vt proinde falsum sit, quod Treutl. isto iure etiam nudam fidei interpositionem pro iuramento haberi affirmat. In promissoriis iuramentis aliquo modo concedi possit, quod vim quasi eorum habeant promissiones per fidem, si officium boni viri, promittens facere velit: sed, quod recte peccat, ac qui fidem Deo teste firmatam rumpit, & minus grauiter notat Couarr. violator eiusmodi promissionis, non ita grauiter punitur: cui exemplo est, promissio iurata illustrium personarum, eiusque violationi adiecta pœna in *l. penult. C. d. dignit.* quod etiam in confirmatoriis iuramentis locum habet argum. *l.* 40. *C. de transactio.* cuius pœnis eum qui transactionis non iuratæ fidem rumpit, non teneri constat.

THESIS II.

LIT. A.

Ait initio, quod iuramenti istius non sit maior vis iure ciuili quam nudi pacti, ita vt propositionem istam etiam ad iuramenta confirmatoria accommodet: quoniam subiicit hoc generi, quod ita diuidit, vt vel confirmetur actus vel persona fide adstringatur. Id autē falsum esse apparet ex iam dictis, *& l.* 1 *Codic si aduers. vend. leg.* 41. *Codic. de transaction. l. penult Codic. d dignit.* & illis ipsis quæ Treut. mox lit. B. de transactionibus & venditionibus iuris proponit. Et Cuiac. tantum de iuramentis promissoriis agere videtur, ex quibus iure ciuili non nascitur actio: cæteroquin maior eorum, quam pactorum nudorum etiam apud priscos Romanos fuit autoritas: maiores nostri, inquit alibi Cicero, nullum vinculum religione iurisiurandi

prohibita *l. 25. d. donat. inter vir. & vxor.* & multis casibus admissa est *l. 14. 15. § 4. l. 40. d. t. l. 45. d. vsur.* & quæcunque tandem morte confirmatur *l. 32. d. donat. int. vir. & vx.*

Sed an iure Canon.] Pergit porro Tr. nec iure Canon. donationem quæ excedit 500. solidos per iuramentum confirmari.

Quam sententiam falsam esse existimo, quoniam actus aliquos iure Canon. propter iuramẽtum subsistere videmus, in quibus maior est prohibitionis ratio: maior nullitas & iniquitas: quod ostenditur exemplis adductis *à Geil 2. obseru.* 40. alienatione rei dotalis *cap. cum contingat 29. d. iureiur.* pacto commissario *arg. cap. significante. d. pignor.* in quo pontifex ideo quidem contra creditorem respondet, quod pactum illud improbatum sit, sed ideo respondet contra iuramentum, quod ibi pecuniam ante diem transmissam, sed nuntium rupisse fidem, & debitorem extra culpam fuisse proponebatur. Exemplum illustrius est *in c. quamuis. d. pact. in 6.* per quod ius quodammodo à natura quæ successionem liberis defert, quæsitum, iuramento tolli potest: quanto magis tolli poterit iuramento ius quæsitum mera lege positiua, videlicet reuocandi donationem, quæ à maiori libera voluntate facta, & iure gent. perfecta & efficax est, quod ius eiusmodi reuocatione cum offendatur, tanto minus dubitandum est, ex ratione iuris Canon. iuramento posse confirmari. Vnde consequitur necessario, verissimum esse, quod à Geil. scriptum male omnino improbat Tr. donationem eiusmodi contra bonos mores iuris Canon non esse, multoque minus super ea interpositum iuramentum: quoniam vt dictũ est, actus ille iure gent. valet, adeoque nullo modo peccatum fouet aut nutrit, ex quo genere quæ sunt, ea demum contra bonos mores iuris, Canon. esse dicuntur. Neque quicquam huic facit ratio, quod legibus positiuis etiam in foro animæ parendum sit: quia lex ciuilis minime imperat aut iubet præcise reuocare donationem, sed tãtum permittit. Neque obstat etiam, quod iuramentum sit contra publicam vtilitatem, ne quis re sua male vtatur. quoniam vt in terminis huius quæstionis respondent *Couarr. in c. quamuis p. 2. § 1. numer 13. & Rolandus à Valle volum. 1. consil. 19. n. 48.* cum iuramentum nullum esse dicimus, quod offendit publicam vtilitatem, directo eam offendi oportet & principaliter, quod aliàs nihil non dici possit offendere publicam vtilitatem.

De donatione inter virum.] Prædictis cõsequens est contra Tr. quod donatio inter coniuges iura Canon. per iuramentum confirmetur quia & hic mera, quin nec perpetua iuris positiui prohibitio est: & rationes quæ desumuntur *ex l. 1. & seq. de donation. inter virum.* præterquam quod non necessario, sed probabiliter tantum concludunt, donationem illam principaliter offendere publicam vtilitatem minime efficiunt. Vnus scrupulus in hac tractatione restat, quem mouet *Treutl in vers. interim & hoc &c.* quod separata quæstio sit, an iuramentum addat validitatem contractui, & an sit seruandum: qua in re pugnantes interpretum opiniones refert *Couar. in cap. quamuis p. 2. § 1.* numero 17. Videri possit disputatio hæc magis in verbis, quam in rebus consistere: quoniam effectu hoc quęritur, an ex ratione iuris Canonici, qui ultra 500 solidos, qui coniugi donauit, donationem seruare teneatur, quod vtique affirmat, quod iuramentum eo iure validum & seruandum esse dicit: sicuti cum iure ciuili eiusmodi iuramẽtum frustra esse dicimus, hoc dicimus, quod & actus nullus & ipsum iuramentum sit nullum. Sed possunt tamen non exigui momẽti effectus proponi, quorum cit. loc. meminit Couarr. 1. quod si contractus ipse non confirmaretur, eo heredes non obligarentur. 2. quod mulier quæ alienationem fundi dotalis iuramento firmauit, eã à tertio possessore petere possit. 3. quod stante communi sententia, contractum confirmari, etiam impetrata absolutione à iuramento, contractus manere validus. Verum ad hæc dici potest 1. quod cum ex iuramento obligatio vtique nascatur etiam solo, ad minimum possidens exceptione etiam contra heredes se defendere posset. 2. quod iuramentum non intelligatur fieri in solum fauorem personæ accipiẽtis, sed simpliciter vt seruetur id, quod actum est. 3 quod sublato iuramenti vinculo, quod vnum contractum sustinet, ipsum quoque contractum amplius subsistere non posse, sed redire quasi ad naturalem suam nullitatem, pristinæ suæ nuditati relictum consequitur, quæ ipsa quorundam opinio ibidem à Couarruv. proponitur. Cæterum, vt omnibus istis occurratur, probandam censeo communem sententiam, quod actus ipsi per iuramentum confirmentur, ex hac præcipue ratione, quod illi ex se nulli nõ sunt, sed tantum à lege ciuili ademptis effectibus pro nullis reputantur. iuramentum autem autoritate iuris Canon. subnixum, considera-

tionem illam iuris civilis quodammodo tollit, & eos in se & absolute considerari facit. At dixerit quis, hoc posito etiam citra iuramenti adiectionem actus istos valituros esse: cui obiectioni respondendum puto, vtique valituros eos, si mero iure Canon aut gent. vteremur: atquin cum in Republ. circa materiam obligationum & actionum præcipue sint iuris ciuilis partes, inde fieri, vt iuramento demum hi actus cōfirmari dicantur, qui aliàs propter autoritatem iuris ciuilis nulli haberentur: *vide etiam notata supra disput. 6. thes. 7. lit. D. & disput. 11. thes. 9 lit. C.* vbi improbauimus absurdam plane Iasonis sententiam, qui iuramentum quidem seruari vult, hactenus saltem, vt de facto præstetur, super quo iuratum est, vt tamen hoc ipsum statim reuocari possit: qua quidem sententia contra mentem & Impp. & Pontificum vis & effectus iuramenti planissime eluderetur.

LIT. C.

Quod si iuramentum.]Quæritur, an iuramentum metu extortum validum sit: Et apparet distingui à Treut. inter ius Canonicum & ciuile: illo quidem valere & tamdiu obligare, donec absolutio fuerit impetrata. (quod & tanquam certum tradit *Gouarruv. in cap. quamvis p. 3. §. 4. nu. 2.*) hoc autem nullum esse, neque adeo opus auxilio prætoris. Verum cum iuramento insit promissio, & regulariter promissio metu extorta ipso iure valeat, aut regulæ standum erit, aut probanda exceptio: quam quidem non aliunde probari video, quam *ex authent. sacramenta. Codic. si aduers. vend.* Verum ex ratione iuris disputantem, non magnopere mouerit Imperii Germanici constitutio: ad quam tamen commode responderi possit, nullius momenti iuramenta illa dici oppositiue ad iuramenta libere præstita, quæ in pr. authent. inuiolabiliter citra vllam retractationem Imp. vult obseruari: quo respectu, quæ beneficio restitutionis rescinduntur, non absurde nullius momenti esse dici possunt.

Iure vero Canon.]Simpliciter à iuramento metu extorto absolutione opus esse, improbata etiam Geil distinctione affirmat. Verum contra puto, omnino distinguendum esse, an iuratum sit super actu iure licito an illicito: priori casu indistincte absolutione opus est: posteriori subdistinguendum est, quod actus aut illicitus est iure tantum ciuili, & cum hic iuramento confirmari possit, absolutione opus esse existimo contra Geil. qui simpliciter absolutione opus esse negat, vbi super actu quouis iure illicito vi & metu interueniente iuratum est: aut iure simul gent. & naturæ illicitus est: & citra absolutionem ad obseruationem actus & iuramenti non adstringi iurantem, contra generalem Tr. assertionem rectius defendi videtur: siquidem ipsum obseruare iuramentum peccare esset, & ab ea re absolutionem petere, quam quis citra peccatum facere non possit, videatur absurdū, quia si illud quod iurauit, fecisset absolutione indigeret. Potest tamen hic considerari duplici de causa absolutione opus esse, altera, vt ne facere cogatur quod promisit, altera vt tollatur peccatum, quod committitur ipsa rei turpis promissione, licet vi vel metu extorta, quoniam metus non excludit consensum; & quæ ex se turpia sunt, vt ea faciamus, aut ea facturos promittamus, nulla violentia induci debemus. Attamen Treut. huc respexisse non videtur, sed disputasse de ea absolutione, qua quis liberatur à necessitate præstandi quod in iuramentum deductum est: quod tota tractatio lit. B. non obscure demonstrat.

Iure ciuili nec valeat]Ita colligit Tr iure ciuili non valet, ergo nec prætoris auxilio indiget. Enimvero homonymia inest in phrasi, *non valere:* quæ significat vel ita non valere, vt nulla plane nascatur obligatio, vel vt non nascatur ciuilis: quo posteriori sensu consequentia bona non est, quia etiam naturalis obligatio, quæ iure nostro non paucos habet effectus, sufficit, vt restitutionem implorare sit necesse: quomodo qui naturaliter obligatus soluit, non nisi beneficio prætoris solutum condicere poterit. Et vero cum metu facta magis voluntaria sint, quod multis rationibus comprobat *Arist. 3. Ethic. 1.* & docet *l. 21. §. pen. quod metus causa.* promittentem obligari consequitur, quod & ipsa exceptio *quod metus causa* arguit.

THESIS III.

In distinctionibus iuramenti hac th. & præcedd. propositis quædam notanda videntur. Etenim iuramentum, quod omne per Deum vult præstari Tr. ratione formæ vnicum esse videtur, variæ autem distinctiones à qualitatibus quibusdam externis petuntur: ex quo genere est diuisio th. 1. sumpta ab obiecto, quod non variat naturā iuramenti. Sed illud minus recte, quod & th. 1. & 2. nulla est accurata membrorū

oppoſi-

oppositio: siquidem species quæ priori membro th. 1. de causa non controuersa subiiciuntur, iuramenti sc. confirmatorii & promissorii, etiam sub posterius membrum th. 1. de causa sc. controuersa, referri possunt: quoniam non dubium est etiam circa causam controuersam iuramentum confirmatorium & promissorium interuenire posse. Deinde inter ipsa membra th. 2. confirmare negotium, & personas fide adstringere, nulla est pugna, quia etiam confirmatorium iuramentum, imo omne omnino finem istum habet, vt persona arctius obstringatur: adeoque non recte speciei differentia generis tribuitur. Idem lapsus videtur th. 3. in subdiuisione lit. A. quoniam iuramento generale est, vt religionem iniiciat, licet per verbum, *solius*, possit excusari Tr. & tamen specieb. subiectis hoc non satis conuenit: tum quia iuramentum testium ideo introductum est, vt certior fides dictis adhibeatur: tum præcipue quod iuramentum purgationis quodammodo & rectius subdecisoria referri potest, quia præstitum sequitur absolutio, perinde ac si quis iuret in iudicio se non debere. Denique subdiuisio altera th. 6. quod iuretur vel ob litem vel ob delictum debitoris, membra pugnantia non habet. & simul male iuramentum in litem sub iuramento, quibus controuersia deciditur, refertur: quod si generalius phrasin illam, dirimere controuersiam, vsurpes, etiam alia iuramenta, quæ tamen speciei opposita à Tr. subiiciuntur, eodem referri possit.

LIT. B.

Vbi non male] Putat iuramentis illis tribus, quæ religionis tantum iniiciendæ causa præstantur, recte addi posse quartum, de iudicio sistendo. Quod sane perquam videtur dubium, quia iuramento hoc id agitur, vt reus certo die se sistat, adeoque hic finis est iuramenti istius, vt persona fide astringatur. Cæterum si ista species recte huc refertur, eodem referenda erunt & illa, quæ vel propter dignitatem personæ, vel ob defectum satisdationis, de persequenda lite aut de permanendo in iudicio præstanda sunt, de quibus *in l. per. Cod. dignit. Nov. 53 & Nov. 112. Auth generaliter C. d. Episc. & Clericis. auth offeratur. C. d. lit. contest.* Rectius fortassis sub istam speciem: quæ spectat, vt religio iniiciatur, referat quis iuramentum tutorum, de quo in *Nov. 72. c. vlt* & iudicum, de quo in *l. rem non novam C. d. iudic.*

LIT. C.

Olim speciale.] Ait olim speciale iuramentum calumniæ in singulis iudicii partibus præstandum fuisse ex *l. 1. C. d. iuram. propt. calum.* Verum illa lex non de iudicii partibus, sed de probationibus agit, & constitutum est demum *Nov. 49. c. 3.* vt cum olim quoties de probationis aliqua specie agebatur, iurandum esset, hodie sufficiat semel in vniuersum iurare, se nihil calumniæ causa facturum. Cæterum Donell. & Cuiac. quos improbat Tr. nō hoc statuunt, quod in singulis causis vel partibus iudicii iurādum sit, sed hoc quod etiam post nouam illam Iusti. constitutionem, quibusdam specialibus casibus iuramentum calumniæ præstandum sit, quod mihi non improbatur; quoniam occurrunt aliquando actus singulares iuramenti delatio, vt instrumenta edantur, literæ comparentur, vt instrumentum semel probatum falsi arguere liceat, quibus citra speciale iuramentum locus dandus non videtur *arg. l. 20. & 21. C. de fide instrum. Sichard ad d. l. 20 nu 2* siue illud iuramentum calumniæ appelles siue malitiæ, quod vt iudex deferre possit parti, quandocunque ipsi causa postulare videatur, iure Canon. constitutum est *c. vlt. d. iuram. calumn. n. 6.*

Necesse est vt principio litis.] Ambigua hæc phrasis est: vel enim significat, non posse exigi ante litem contestatam, quæ sententia vera aliquantò est: vel non posse præstari post litem contestatam, quæ sententia videtur esse Treu. qui ius Can. secundum quod tempore quocunque præstari possit; opponit iuri ciuili. Atqui ita constituit Iustin. vt siquidem lis nondum cepta sit, omnimodo iudex iuramentum hoc exigat: si vero hoc initio omissum, & causa iam agi cepta fuerit, à præsentibus itidem hoc iuramentum præstandum, absentibus autem, causam etiam non præstito iuramento finiendam esse, ac contra intentionem Iustiniani lis iam decurrens suspendatur & extrahatur, *l. 2. § vlt. C de iuram. cal.*

Quo neque remitti potest.] Probatur hoc satis expresse *ex l. 2. § sed quia 4. C. d. iuram cal.* receptum tamen est, vt quod Treut. ait, tacite omitti possit id est, si non fuerit petitum, processus nō vitietur: quod & notat *Marant. part 2 partis 6. princip. post. Accurs in l 34. § 4. h. tit. d. iur n. 2.* vbi tamen ita loquitur, ac si hæc sententia cōformis esset iuri ciuili, & *d l. 2. § 4.* male ad expressam remissionem restringit. Plane nihil huc facit *d. l. 34. & § 4. h. t.* quæ est de iuramēto speciali, vbi solius

solius patris intereſt: quamuis videam *Br. & Salic. & Caſtr.* ad illum locum hoc annotare: quod iuramentum generale calumniæ remitti non poſſit *ex d l. 2 §. 4.* ſed poſſit omitti.

Quod licet ratione careat] Ait, ius Saxon. quo ſublatum eſt iuramentum calumniæ generale, carere ratione. Sed videamus, an non his rationibus, ne irrationabilis & diabolica ea ſententia dicatur, effici poſſit. 1. vt propter leuitatem iurantium, & præſumpta crebritas periuriorum, euitetur: *c. de cohabi. cleric.* vbi propter metum periurii Pontifex non vult cogi clericos ad abiurandas concubinas. Et vt ait *Bald. in l. ſi poſt C. d. euiction.* iuramentum illud hodie cõtemnitur, & non appreciatur vnum obulum: & addit Marant. cit. loc. litigatores hodie potius iurare de calumnia committenda, & ideo cenſet melius eſſe, vt in totum hoc iuramentum tollatur, ad euitanda tot periuria. 2. quod propter hanc cauſam viri boni abſtinent foro, quorum locum ſubeunt improbi & mali, vt ait *VVeſemb. in paratit. C. d. iuram. cal. nu. 5. 3.* quod iure Sax. ſpeciali iuramento calumniæ locus eſt, quod iudex ex arbitrio & iure ſuo, vbi id neceſſarium eſſe animaduerterit, partibus imponet, vel à parte delatum approbabit. Neque enim dubito errare Tr. dum hoc iuramentum ſpeciale ex ratione iuris Saxon. ad vnicum tantum & ſingularem caſum in extremo theſis reſtringit.

THESIS IV.

Lit. A.

In cauſa etiam criminali,] Quæſtio duplex eſt de accuſatore & Reo. Et video Sichardum *in l. 1. C. de iuram. calum.* exiſtimare, quod nec accuſator in criminalibus cauſis de calumnia iurare cogatur, ſed tantum de veritate dicenda Quam ſententiam falſam eſſe, non dubito, non obſtante ratione, qua ſola mouetur Sichard. quod liceat aduerſarium corrumpere: quoniam hoc tantum in capitalibus admiſſum eſt, & quidem non tam ex ratione iuris, quam propter magnitudinem periculi, miſerationis intuitu, & quidem hoc effectu, ne propterea cenſeatur eſſe calumniator, vt diſputatum eſt ſupra de tranſactione. Nec mouet etiam ratio, qua Weſembec. vtitur, quod ſufficiat inſcriptio: quoniam hæc tantum operatur, vt obligetur accuſator ad pœnam talionis, non autem excludit ſuſpicionem calumniæ, quin tanto magis periculum eſt, ne calumnietur, & quiduis dicat agatque, vt pœnam inſcriptionis euitet, cui adeo rei iuramento hoc calumniæ eſt occurrendum. De reo maior dubitatio eſt, an in criminalibus de calumnia adeoque veritate dicenda iurare teneatur: vbi affirmatiuam ſententiam communem & ſtylo Italiæ receptam teſtatur *Clarus in pract. crim. §. final quæſt. 45. nu. 9.* eamque autoritatibus & rationibus octo confirmat *Gomeſ. variar. reſolut. part. 3. c. 12. nu. 15.* Clarus tamen d. loc. practicam illam communem improbat, & poſt eum eamdem damnat *Emanuel Soarez in not. ad Gomeſ. d. loc. lit. B.* & prolixe contra eam diſputat Zanger. in oratione ſubiecta tractatui de tort. reor quos ego quoque & ita negantem ſententiam probo, ex vnica hac ratione, quod præbetur manifeſta periurio occaſio: quoniam cum confeſſum ſequatur condemnatio & pœna; reus vtique, peieraturus, potius quam veritatem dicturus præſumitur.

Lit. B.

Etiam ſpirituali] Pugnãt hac in re duo capitula videlicet *cap. 2 d. iuram. cal. & c 1. §. vlt. eod. in 6.* adeoque apparet propter malitiam clericorum priori canoni derogatũ fuiſſe, quod & notatur à *Sichard in rubr. C. d. iuram. cal. num 6 & à VVeſemb. ibid n 7.* quod mirum eſt non obſeruatum fuiſſe à *Gail. 1. obſeru 38.* qui ea de cauſa in iudicio poſſeſſorio iuramentum calumniæ requirit, quoniã hoc ad laicum iudicem pertinere affirmat, & eo ipſo ſpiritualem cauſam eſſe negat.

Lit. C.

Hoc iuſiurandum patronis.] Et oportet igitur mendum eſſe editionis Florent. *in l 34. § 4 h tit.* vbi negatur remitti, Et ſane Accurſ Salic Caſtr. qui citra ſcrupulum ad illum locum notãt, quod hoc iuramentum remittatur parenti & patrono, affirmatiuam lectionem habuerunt: & ita ceſſum ſit: habet vetus editio de anno 529 *aque parentibus patroniſque remittitur,* quod etiam cõuenit cum *l. qui bona 13. §. pen. d. damn. infr. l. 8 §. pen. qui ſatiſd cog. l. 16. h t.* quod iniurioſum fuerit patrem aut patronum à filio vel liberto calumniæ alicuius inſimulari. *arg. l. 6. § pen. & l 9. d obſeq. parent. præſt.* cum etiam contra hos nulla actio detur, quæ fraudis habet mentionem *l. 2. & l. 5. cum ſeqq. d. tit.* Neque admitti poteſt diſtinctio *Forner. 2. ſelect. 4.* an iuretur ob rem, an ob perſonam *ex l. 14. h tit.* de iuramento non calumniæ, ſed deciſorio tractat, quod vtique remitti non poſſe, apertum eſt, & omne iuramentum calumniæ perſonæ fidem & ſinceritatem concernit, vt recte notat *Cuiac. 9. obſer. 37.* Cæterum *l. 34. §. 4. h. tit.* de iuramento ſpeciali: ſed generalis, quod pro toto proceſſu præſtatur, videri poſ-

fit,

sit, nec parentibus nec patronis remittendum esse: & hanc quorundam sententiam, quod hæc *l.34.§.4.* corrigatur *per l.2.C.d.iuram.cal.* refert *Br.in d §.4.* Ipse autem ita ait: tu dic quod non corrigitur, sed lex noua Cod. per istam determinatur.

LIT. D.

Procuratori fisci]Gerit enim officium necessarium, vt merito iuramento hoc non grauari debere videatur: quæ etiam ratio militat in procuratore ex officio constituto, circa quem tamẽ Treut distinguit ex *Gail.1.obseru.88.num.9.* vt non cogatur iurare de calumnia quoad merita causæ, sed bene quoad processum, v c. quod calumniose dilationes petere & litẽ extrahere nolit. Atquin cum ex officio quoque datus circa merita causæ calumniose versari possit, siquidem iussus & imperiũ iudicis, non potest illum excusare, quominus ea parte quæ processum concernit, iurare teneatur, non animaduerto, quare magis ea parte liberari debeat, quæ concernit merita causæ. Et sane cũ indistinctè procuratores & patronos causarum iurare velit Iustin. eorumque munus publicum sit, fortassis tutius insistemus regulæ; quod alias aduocatus per indirectum, operam suam parti negando, & ita efficiendo vt implorato officio iudicis opus sit, necessitatem præstandi hoc iuramentum euitare possit.

Alias quoque per procuratorem.]Ait Tr. quod etiam iure ciuili iuramẽtum calumniæ per procuratorem præstari possit. Cui sentẽtiæ repugnat, quod *in l.2.§.3. C.de iuram.cal* dicitur, non posse actorem per alium alibi, litigare, nisi in prouincia ipse iuramentum calumniæ præstet, quæ verba ad procuratorem referri nõ possunt, quod ineptum sit disputare de iuramento procuratori deferendo, antequam ei causa sit mandata. Possit sane colligi ex *d §.3.* reum rectè præstare hoc iuramentum per procuratorem: sed nec absurdum fuerit plus hac in re permitti reo, quam actori, & vera sententia illius loci est, nõ quod procurator hoc præstet pro reo, de quo in *pr. L. agit Iustin* sed quod ipse procurator, pro quo satisdatum est, præstare illud teneatur: & hoc ipsum fauori reorum concessum esse videtur, vt sufficiat ab illis, qui pro reis interueniũt, hoc iuramentum præstari. Et facit pro hac sententia *l.12.§.4.C.h.t.* vbi in genere constituit Iustin. vt persona quæ iurare debet, citetur, ad comparendum, & iurandum, aut in alio loco iuramentum ipsa præstet: quæ pars inepta esset, si per alium rectè iuramentum præstaretur. Sed obiicitur *l.13.§.qui alieno 13 d.dam inf.* Responderi potest, vel aliam iurisiurandi apud Ethnicos, aliam apud Christianos esse rationem: vel quod casu singulari & extraiudiciali admissum est, ad consequentias non esse trahendum: & vero Iustin. dum introducendo hoc iuramentum generale omnibus calumniis & fraudibus occurrere voluit, non immerito ab ipsis personis principalibus hoc iuramentum voluit præstari, quæ aliàs iuramento procuratorio licet in animam eorum præstito, vel non sint obligatæ: vel non satis putent se esse obligatas.

Contumacia tamen.] Contumaciam procuratoris domino nocere negat. Cui obstat tũ ratio, quod efficiatur dominus litis, tum textus *in l.10. C.de procur.* Plane videri possit Tr. loqui de contumacia speciali procuratoris nõ volentis iurare de calumnia, cuius contumaciæ effectus cum sit, vt v. c. articuli aduersæ partis pro confessatis habeantur, vix dici possit, contumaciam illam quoad hunc effectum domino nocere debere, de quo vide *Gail 1. obs.89.* quem ait Tr. contrarias opiniones conciliare, & tamen apud illum nulla nisi benignitatis & stricti iuris in speciali tamen pœnarum genere: distinctio est. Sed de hoc pluribus est actum supra *disp.9.th.12.*

LIT. E.

Nisi iusta causa recusandi.]Difficulter iuramentum calumniæ, de quo hic vtique agitur, poterit recusari, & cum sit de veritate dicenda & de bona fide, vix iusta eius detrectandi causa poterit allegari. Et haud scio, an Tr. hic incogitantia lapsus, ad iuramentum calumniæ accommodauerit, quod pertinet ad iuramenta decisoria, de quibus etiam tantum agitur *in c.vlt h.t. & in th. 9.lit.A.* ad quam refert Tr. & iuramentorum illorum & iuramenti calumniæ, quoad causas recusandi diuersa ratio est.

LIT. C.

Sententia declaratoria.] Communem hanc esse opinionem & receptã tradit post *Andr. Geil Bernard.* Gräven, *conclus.86* Cæterum mihi videtur requiri sententia condemnatoria vel absolutoria, quod & ratio suadet, & perspicue satis probat *auth.principalis §.5 C.d.iuram.calum.*

Quod iuramentum affini.] Iuramentũ scil. malitiæ affine est iuramento calumniæ generali, sed speciali: & illud ea de causa introduxisse Põtifices videntur, quod sequuti communem Dd. opinionẽ existimauerunt, ita iure ciuili introductum

ductum esse iuramentum calumniæ initio præstandum, vt iuramento speciali calumniæ plane locus non esset, quod iam supra refutatum est.

THESIS V.

Lit. A.

Remitti potest] Id quidem receptissimum est, sed obiici possit, quod tradit Tr. infra *p. 1. disp. 5. th. 6. lit. F.* omnem vim & substantiam depositionis testium esse in iuramento: de quo ibid. dicemus.

Lit. B.

Quod verum est.] Ait verum esse, quod iuramentum purgationis, præstetur in causis criminalibus & matrimonialibus, ita quidem vt ex textibus præmissis hoc inferre videatur, qui tamen omnes de casibus quibusdam extraiudicialibus & omnes de causis ciuilibus excepta. *N. 124. c. 2.* loquuntur. Et *in N. 62. c. 3.* iurat tutor designatus ad effectum vt liberetur à tutela *In leg. 6. §. 4. Cod. de his qui ad Eccles.* iurat quis, nihil ex bonis creditoris, qui ad Ecclesiam confugit penes se existere *l. vltim. Cod. de fide instrumen.* est adscititia à Cuiacio adiecta, & tamen tractat quoque de causa ciuili: cæterum *l. vlt.* ex editione vulgata de iuramento speciali calumniæ tractat. *l. vltim. §. 5. Codic. d. iur. domin. impetr.* defert iuramentum creditori quod bona fide in venditione rei pignoratæ fuerit versatus Vt proinde nec ferendum sit, quod Treut. tanquam horum textuum autoritate tanquam iure certo purgationis iuramentum in causis matrimonialibus & criminalibus admittit, & postmodum valde dubitat, an & in causis ciuilibus huic iuramento locus sit: siquidem solum *cap. 5. & vlt.* agunt de purgatione criminum, super quibus clericus non accusatus, sed tantum diffamatus est: de causis autem matrimonialibus textus adducitur nullus, & cum causa hæc sit maximè fauorabilis, vix est vt contra matrimonium iuramentum hoc admittatur: nisi forte qui matrimonium asserit in probationibus deficit: quomodo etiam in criminalibus tum demum Dd. reum ad iuramentum purgationis admittunt, vbi præsumptionibus leuioribus & ad torturam non sufficientibus grauatur *Clar. §. vlt. quæst. 63. num. 4. Heigius quæstion. 40. num. 32. Setber tract. d. iuram. libr. 3. c. 11. numero. 3 & 17.* Porro Treut. causas matrimoniales non satis bene ciuilibus opponit, & de his hoc quærere debebat, an in iis iudicialiter tractatis huic iuramento sit locus: cuius quæstionis negantem partem ratio iuris suadet, ex qua actore non probante reus absoluendus est, vtcunque nihil ipse omnino præstiterit. In criminalibus autem aliquid facit consid. ratio, quod publice interest delicta, detegi & puniri, vt ita magistratus ex officio, maximè si procedatur per modum inquisitionis, hoc iuramentum deferre possit. Nec quicquam pro Tr facit *l. 6 §. C. d. his qui ad Eccles.* quia est ille casus singularis & extra iudicialis, quo se purgat clericus, qui suspectus est accepisse aliquid a creditore qui confugit ad Ecclesiam, & de cuius bonis vendendis tractatur.

Idque sequitur Nouell &c.] Ad probandũ quod iuramentum purgationis etiam in causis ciuilibus deferri possit, adducit verba ex Nou. Elector Augusti, wan der Kläger einen grossen Verdacht beweisen, vnnd grössere Vrsachen seynd das iuramentum purgatorium, dann suppletorium zusprechen. Hæc vt commode defendantur, distingui oportet, an reus simpliciter neget, & præsumptionibus grauetur, an excipiendo aliquid ponat, & in eius probatione deficiat. Illo casu iuramento purgationis, hoc vero suppletorio locus erit, quamuis verba Nouel eam præferant sententiam, quasi illud tantum iuramentum quod actor præstat suppletorium diceretur. Vtique necessarium iuramentumque Dd. appellant, nihil aliud est quàm suppletorium, quod etiam reo deferri ipse tradit *Treut. th. 10. lit. C* probatur ex *l. admonendi 31. h. tit.* Illa quoque Nov. verba, wann der Kläger einen grossen verdacht erweisen/ dubitationem faciunt, & ambigua sunt. quia vt paulo ante traditum, & ratio suadet, ad iuramentum istud purgationis tum demum admittitur reus, si contra ipsum militent leues saltem præsumptiones: quod si eæ im grauiores sint, & probationem semiplenam faciant, suppletorium iuramentum actori potius fuerit deferendum. Sed crediderim hanc esse mentem constitutionis, vt ne propter leuiores præsumptiones in causis ciuilibus reo imponatur: hoc iuramentum, sed ille hic potius ex regula iuris absoluatur: vbi autem grauiores præsumptiones sunt, arbitrarium sit, & ex aliis circumstantiis æstimandum, an actor potius, an reus ad iurandum sit admittendus: quod innuunt illa verba, wann grössere Vrsachen seynd das iuramentum purgatorium, dann suppletorium zusprechen.

Defertur in Camera.] Ait deferri & illi, qui ex legitimis indiciis de crimine fractæ pacis suspectus est, & subiicit, idem fieri, si actor accusans in plena probatione deficiat. Atqui hic casus

non

non est diuersus à priori, nisi fortassis in hoc, quod illis per modum inquisitionis hic, accusationis procedatur: quod tamen in hac quæstione nullam diuersitatem inferre potest & in Camerali iudicio, de quo ibi loquitur, vix est, vt per modum inquisitionis procedatur.

Quin imo post præstitum]Ratio sumi potest ex *l.31 h.t* quia hoc iuramentum non à parte, sed à iudice defertur. quamuis hic replicari possit, aliud esse in causis ciuilibus, in quibus quisque interesse persequitur, aliud in causis criminalibus in quibus cum interesse versetur publicum, & magistratus vices Reipubl sustineat, deferendo iuramentum persecutioni publice præiudicare videtur: licet non ignorem hic duplicari posse, quod cum publice intersit scelera puniri, tanto facilius concedenda sit repetendi facultas, & quod magistratus magis ad effectum absoluendi ab instantia, quam omnimodo iuramentum purgationis detulisse intelligatur. Cæterum nihil pro ista sententia facit citat *auth novo iure C d pœn. iudicis &c.* sicur & illud hic considerandum est, quod *in l.31 h.tit* in qua fundatur sententia Tr. non conceditur repetitio, nisi actor per instrumenta causam suam probare velit, probationi autem eiusmodi in causis criminalibus non nisi casibus singularibus locus est, de quo infra *p 2.disp.4 th. 8* Cæterum quæ proponuntur in hoc vers. *quin imo post, &c.* cum præcedd. connexionem non habent.

THESIS VI.

LIT. A.

Vitium diuisionis hic propositæ, quod iuramentum in litem non recte subdecisoria referatur iam supra *ad th.3.* notauimus Nec recte se habere videtur definitio, quod deferatur propter delictum vel culpam: quia cum ita velit proponere duas istius iuramenti species, iuramentum affectionis, quod dicitur etiam propter culpam latam, quæ proprie delictum dici non potest. defertur; iuramento autem veritatis principaliter non culpa, sed necessitatis ratio locum facit, de quo pluribus infra.

LIT. B.

Satis multa hic proponit de re non magni momenti, de lectione *l.1.d.in lit iurand.* in cuius fine *Ant. Fab.5 coniect 17.* deleta particula, *ex*, legit. *sed contumacia æstimatur &c.* Tr. hic subtilem agit & ait, verba istius. *l non pluris per hoc*, & verba *sed ex eo*, non ad contumaciam, sed ad iusiurand referenda esse. Atqui hac lectione, *sed ex contumacia æstimatur*, ead fit sententia quã vult Ant. Fab. & verbum illud, *ex*, nusquam apparet, & Tr. est commentũ, Nimirum frustra, in scirpo quæritur nodus, & perspicuus simplexque eius loci sensus est, per hoc ipsum quod in litem iuratur, rem æstimari vltra eius pretium, adeoque ex contumacia, quæ iuramento huic causam præbet. Qua in re ridiculus est Ant. Fab. hæc contraria esse existimans, rem non fieri pluris, & tamen æstimari pluris. quia illud designat id, quanti reuera res est, hoc, quanti est ex affectione iurantis, cui indulgetur propter contumaciam rei etiam in infinitum: vt proinde necessario sequatur, ex contumacia ipsam rem æstimari vltra quam reuera est, non autem ipsam æstimare contumaciam quæ mulcta, magistratus coerceri solet. Et nimium hæc sententia ICti est, non eo quod ex accidenti res ex contumacia pluris æstimatur, tanti etiam rẽ & sub eodem valore in iudicium deductam videri. Quod aliàs re etiam citra dolum perempta, in eandem summam reus fuerit condemnandus.

L.T.C.& D.

Definit voluntarium iuramentum, quod à parte parti defertur extraiudicium. Vbi verba, *extraiudicium*, ambigua sunt. Quod si enim iudicium etiam significet tractationem, quæ fiebat apud prætorem, falsa erit ista definitio: quoniam quatenus voluntarium iuramentum opponitur iudiciali, quod lite cõtestata defertur, de quo *in l.34.§.9.h.t* quod in iure apud prætorem deferebatur, sub voluntarium iusiurãdum referri oportet: idque consequens est traditis à Treutl. *th.9. lit.E* vbi actionem in factum ex iuramento iudiciali competere negat, quam tamen certum est dari ex iuramento apud prætorem præstito, quo casu actio rei iudicatæ non habet locum Et de iuramento hoc recte accipitur *l.16.§ vltim. hoc tit.* quia dicitur esse in conuentione, male autem à Treutl. referrur ad iudiciale, fortassis quia dicitur habere instar iudicii: quorum verborum sensus est, quod nascatur actio & exceptio, perinde ac si iudicatum esset. Male etiam eò refert *l 25.h tit.* quæ tamen loquitur de seruo, qui personam standi in iudicio non habet: & omnino in dubio omnes textus sub hoc tit. de iuramento voluntario accipiendi sunt, non iudiciali, quod sequitur sententia *l 34 § 9 h t.* & ex quo adeo interposito ex ipsius Treutl sententia *thes 9.lit E.* actio ciuilis iudicati datur. Et ergo, iuramentum quod volun-

voluntariū aut præstetur siue defertur citra præsentiam alicuius magistratus, aut coram magistratu.scilicet prætore, quarum specierum duplex differentia dari potest.prima, quod illud nemo suscipere tenetur nec referre, quæ in dubium vocari, & existimari non immerito potest, mentem hanc prætoris fuisse, vt etiam ita delatum iuramentum præstandum aut referendum esset, argument.textus generalis *in leg.34.* §.6 *h.tit.* ita vt si v.c.creditor iuramentum sibi delatum recusasset, ei actionem denegauerit prætor.2.quod postquam à parte alterutra susceptum est, nulli amplius relationi locus est: quo referri solet *l.17 in princip hoc titul.* verum hæc quoque non placet, nam & iuramentū coram prætore delatum & susceptum referri amplius non poterat: & vbi omnino extra iudicium delatum erat, initio referri potuisse, dubitandum non est. Vt ergo proinde fere existimem, quod *in lege decimaseptima. hoc titul.* non agatur de specie singulari, sed omnino de eadem quam prætor actione data confirmauit, in qua tum scilicet relationi locus non est, vbi inter partes quis iurare debet, conuenit.quod secus, si simplices delationis vbicunque factos terminos consideramus, ad quem casum pertinet *l.38. h.t.* quam male Dd.plerique cum gloss. referunt ad iuramentum iudiciale, recte autem se habet opinio relata à *Salicet. in d. l 17. in princip.* quod ibi agatur de casu, quo ex conuentione præcedente iuramentum fuit susceptum. Jlla differentia vera est, quod illud etiam deferri potest seruo aut à seruo, de quo casu in *l.* 20 25. & alijs textibus tractatur, & inde necessitas ista distinguendi, quod seruus nec in iudicio, nec in iure versari potest. Neque illa iuramenti species; quæ in iure defertur, iudiciali annumerari potest, vtpote ex quo actio specialis nulla nascitur, vnde vel maxime distinctio iuramentorum desumenda est.

LIT. E.

Agitur hic de appellationibus trium specierum iuramenti, eorumque descriptione. Et vulgata quidem Dd.sententia, quam Treut sequitur, non videtur bene confirmari exemplo contractuum, qui consensu vel solo vel non solo constare dicuntur: quoniam quæ inter hæc duo membra vera appositio est, hic desideratur. Et si quidem à causa efficiente, aut loco denominatio petitur, iuramentum quod à iudice defertur, iudiciale fuerit. Et necessitas præstādi, quæ omnibus speciebus inest, non vni speciei recte tribuitur: & tum cum species inter se eadem ratione debeant opponi, & voluntarium & iudiciale, hoc commune habent, vt necessitatem absolutam non habeant Proinde rectius forte duæ initio species fuerint statuēdæ, altera quæ necessitatem habeat præstationi, altera, quæ non habeat: & hæc species subdiuidenda, quod vel plane recusari possit, vel sub conditione referendi. aut ita à causa efficiente sumetur distinctio: quod vel deferatur à iudice, vel à parte, & hoc rursus, vel in iudicio, vel extra iudicium. Eodemque res redibit, si dicamus præstari aut deferri, vel ante litem contestatam vel post. Illud omne à parte, siue in iure siue extra ius: hoc vel à parte vel à iudice.

THESIS VII.

LIT. A.

Quidam natura.] Illud de infante pertinet ad locum communem, de eius inhabilitate ad omnia, quod nec loqui nec consentire possit: quæ fere etiam furiosi ratio est. Sed pupillus eo non videtur recte referri, cum vtique hoc possit, tutore authore *l 17.§ primo hoc titul.* Quin imo sine tutore delatum exceptionem de facto parit *d.§.1.* forte quia iuramentum facti est sicut pactum *arg l.27.§.2. d.pact.* quod maxime obtinebit in pupillo pubertati proximo. Illud facile admittam etiam iuris gener. rationi conuenire, vt ne delatio iuramenti à pupillo facta rata habeatur. Cæterum verbo pupilli improprie vtitur Tr. siquidem etiam infans suæ potestatis, species est pupilli.

LIT. D.

Prodigus L.prohiberi recte dicitur, quatenus lex opponitur naturæ: cæterum proxima causa prohibitionis est interdictum magistratus, de quo actum supra *disp.6 th 5.lit.D.* In limitatione subiecta, *nisi tutoris aut curatoris autoritas interuenerit*, nisi Tr. hoc etiam ad pupillum referre voluit. superflua est vox, *tutoris*, quoniā prodigalitas in puberem ætatem vix cadit, & si cadere posset, non qua prodigus, sed qua pupillus haberet tutorem. Deinde illud in dubium venit. an prodigus autore curatore iuramentum deferre possit, an non totum hoc à curatore, sicut in casu furiosi, fieri debeat, vt in hac re deterior sit, quam pupilli cōditio prodigi, de quo simul & furioso prædicatur *in l 40. d reg iur.* quod vtriusque nulla sit voluntas: nisi forte hæc comparatio secundum quid accipiēda est, cum interdictio illa non possit tollere iudicium,

quo

quo minus consensu curatoris omnia peragere possit, vt qui etiam hæreditatem recte adit *l. 5. de acquir. hæred.*

Sed an sine curatoris.] Affirmat Tr. quod minor sine curatoris autoritate iuramentum deferre possit. Sed dubium ibi mouet, quod in iuramenti delatione est quædam remissio, & quasi transactio & liberatio debitoris: vt adeo licet minorem sine curatore obligari cōcedamus, (de quo supra *disp. 6 th. 5.*) ad quod adducitur *l. 101. de V. O.* (cæteri enim textus citati nihil ad rem faciunt) inde tamen ad iuramenti delationem inferri non possit, quod ea sit pars quædam administrationis, quod docet & res ipsa & ratio ICti *in l. 17. §. 1. h. t.* vbi ex eo negat pupillo ius deferendi iuramenti, quod pupillus non habeat administrationem bonorum. Admissa tamen sententia illa, quod minor sine curatore obligetur, interesse posit, an minor deferat iuramentum tanquam creditor, an tanquam debitor: illo casu inest in delatione quædam remissio; hoc casu indicitur noua quædem obligatio. Etsi igitur minorem sine curatore obligari dicimus, etiam ex eiusmodi delatione, contra quam tamē in integrum restitui poterit, nō absurde minorem obligari dicemus: nimirum ex causa iuramenti voluntarij, quod ex conuentione valet *l. 17. 1. in princ. l. 23. h. t.* nam iudiciale quod sententia sequitur, qui legitimam personam standi in iudicio non habet, deferre non posse videtur. Et de hoc casu delati iuramenti potest accipi *l. 9. §. si minor. 4 h. tit.* quamuis Dd. eum locum de minore non habente curatorem, vel autoritate curatoris deferente accipiant, quos refert & sequitur *Zas. in d. l. 9. §. 4. num. 13.* vbi ait, si minor curatorem non habeat eum esse ipso iure tutum: quem locum non recte videtur accepisse Tr. ita allegans Zas. quasi negaret minori læso restitutionem, quam tamen scil. in casu vbi dilatio iure facta est omnimodo concedit *d. loc num. 4. & 5.*

Soluere minor potest.] Adducit hoc pro ratione ad assertionem præcedentem. & ita colligit: soluere minor potest, ergo & iurare. Vbi quidem plane statum quæstionis inuertit, & duo hæc, an minor iuramentum deferre, & an delatum præstare posit, confundit. Qui iuramentum defert, non soluit, sed qui iuramentum delatum præstat, pro soluente habetur *l. 27. h. t.* & quin minor iurare posit, nulla dubitatio est, cum etiam pupillus posit *l. 26. in princip. h. tit.* sed de delatione iuramenti, quam minori non permittimus: quia illic quidem meliorem, hic vero deteriorem, conditionem suam facit. Sed & porro de illa collectione amplius dispiciamus a solutione ad iuramentum, cuius quidem fundamentum in eo poni ex textibus citatis à *Treutl. in l. 27. 28 § 1. & l. 40. h t.* apparet, quod iuramentum sit loco solutionis. Verum diuersa ratio solutionis veræ & fictæ, siue eius quę loco solutionis cedit, cuius generis est iuramēti præstatio & acceptilatio, quibus modis minor & pupillus soluere posit, nullaque plane illatio est, à solutione ficta ad veram, quæ fit per numerationem, qua cum rei soluta fiat alienatio, eo modo soluere nequit, qui administrationem non habet. Expendamus igitur tres propositiones, qui iurare potest, soluere potest. Hæc vera est in solutione ficta, cæteroquin perspicue falsa 2. qui soluere potest, iurare potest Hæc connexio in solutione vera certissima est, sed in ficta inducit subiecti & prædicati identitatē. 3. qui soluere potest iuramētum deferre potest. Hæc in solutione vera admittitur, in solutione ficta, propositio falsa est. Iam constituamus assumptionem Minor soluere potest. Hæc in solutione ficta admittitur, in vera, falsam eam esse statuo, quia soluere est alienare, quod minor facere nequit. Neque obstat citatus à Tr. titulus C. si ad vers solut. quia *l. 1.* agit de solutione, quæ finita tutela à tutore curatori facta est & *l. 2* de minore, qui autoritate curatoris soluit, recte accipitur, quia principalis quæstio legis est, an non obstante errore iuris, sit locus repetitioni.

LIT. E.

Vt seruus in re domini iuret, speciali mandato opus esse ait. Vbi mandati verbo aliquanto improprie vtitur, quia mandatum denotat cōtractum, seruis autem imperatur arg. totius tit. quod iussu. Sed illud magis nota dignum, quod mandato domini opus esse ait ad hoc, vt iuret seruus, cum tamen certi iuris sit, quod etiam citra iussum melior conditio domini per seruum fieri posit, eoque seruus iurare queat citra vllū mandatum domini, non debere dominium, vel ipsi aliquid deberi, sicut etiam sine mandato de non petendo pacisci potest *l. 16. §. vlt. cum l. seqq. de pact.* Verum ad deferendum iussu domini opus est, *de quo casu est citat. l. 7 C. h. t.* Hæc autem in tractatione speciali de voluntario iuramento, quia iudiciale seruus præstare non potest, erant proponenda. Sequitur statim apud Treutl. *Quod si iurauerit dominum dare non oportere, exceptio*

prio domino dabitur. Quæ non bona satis opposi tio, tum quia aut maxime sine mandato iurauerit, exceptio domino datur: tū quia sub præcedenti iurare in re domini, continetur, iurare, dominum dare non oportere. Ideoque rectius hic legitur, initio huius lit. E. *in re domini vt deferat iuramentum*, *&c* quamuis & ita mancum sit, quod de exceptione danda proponitur, siquidem etiam si iurauit domino dari oportere, actio acquiritur domino *l.24.h.t* Sequitur tandem hac lit. *quod si iurante horum aliquo, &c.* Vti potius debuisset numero singulari, cum in thesi de seruo proponatur: & in verbo, *custodiri*, tautologia est. quia exceptione data, suis casibus iuramentum custoditum. Dixisset rectius, idem esse in aliis, quibus ex delatione iurantibus cum alias inhabiles essent, ex æquitate conuentionis succurritur. De seruo plura dicemus infr. p. 1. disp.29.th.5.lit.D.an seruus nouare possit.

Illud quoque dubium esse potest, quod seruum sub personas iure ciuili prohibitas refert: quoniam cum seruitus ex iure gentium sit, & ex hoc iure sit eius vitæ & necis, in seruos descēdat. §.1.*Institut d*.patria potest, consequens est, quod seruus ex ratione iuris gentil. nihil proprii habeat, eoque nec iuramentum deferre possit.

LIT. F.

Proponit hic de filiofamil. quod non possit deferre sine mandato, vel bona Castrensia, aut quasi non habens: Atquin non ideo quod filiusfam. bona castrensia vel quasi habet, sed quia causa bona illa concernit, iuramenti delatio valet: ideoque simpliciter, dicendum erat filiumfam. non nisi ex mandato in causa patris *l.7.C.h.t* vel in causa propria, super bonis, in quibus plenum ius habet, iuramentum deferre posse: licet etiam filiusfam. qua talis, ex omnibus causis obligetur & conueniatur *l 39.d O. & A.*

LIT. H.

Post varias propositas personas, subiicit hac lit. idem esse in similibus, idque duobus exemplis illustrat. 1. si quis in fraudem creditorum detulerit Quod exemplum incommodum est, quia hic non est vitium personæ, sed causæ: licet non plane nulliter iuramentum hic delatum esse, docet ipsa *l.9.§.5 h.t.* quod scil. replicatione opus est Vbi autem furiosus infans, prodigus, seruus, &c iuramentum detulerint, nec exceptio quidem obstabit. 2. si quis exceptionem pecuniæ numeratæ opponere nequeat Et hoc quoque non est à qualitate personæ, sed potius debiti, quod post lapsum biennii præsumptione iuris debitor pro conuicto est: qua ratione quiuis debitor confessus aut testibus instrumentis sue conuictus, pro exemplo proponi potuisset.

Item procurator.]De posterioribus duobus casibus, in rem suam vel mandati specialis res est expedita: de priori, procuratore omnium bonorum, repetimus notata ad disp.7 th.2. lit C. an procurator talis transigere possit.

Liquido iurare.] id est, citra scrupulum conscientiæ.

THESIS VIII.

LIT. A.

Semel susceptum non refertur.] Prius erat vt traderet, quid iuris esset iuramento tantum delato: quoniam hoc ex se perspicuum est, semel iuramento suscepto, aut iurandum aut soluendum esse: etiam in iuramento iudiciali, & proinde male à Tr. ad voluntarium accommodatus tanquam speciale.

LIT. B

Nec periurio detecto retractatur.] Et hoc quoq; iudiciali iuramento commune est. Est autem exceptio *in l.vlt.C.h.t.* vt ibid. notat Accursiusque hanc rationem reddit, quod sicut transigi non possit nisi inspectis testamenti verbis, ita nec iurari *arg.l 2.h.t* quod probat ibid. Cyn. licet Salic. speciale esse putet in causa vltimarum voluntatum, quæ circumueniri non debent. Dixerim autem falsitatem iuramenti non nisi per testamentum recte probari *arg.l.31.infr h t.* ne alias constitutio correctoria extendatur: licet Salic. etiam testes admittat *post glab d.in d.l. vlt. C. h.t.* quam tamen ibid Cyn. ad testamentum nūcupatiuum restringit. Et hæc scilic exceptio videtur significari *in l.1.C.eod* ibi *nisi nominatim lege excipiatur*; quæ verba *Hottom. ibid & Cuiac.18. obs.35.* a Tribon respiciente ad *d.l. vlt.* adiecta esse non absurde coniiciunt, rectius quam Donell. qui loco citato & 24.comm.9 *in d l.1. legem* accipit de conuentione. Etenim licet non semel in iure nostro, conuentiones dicantur legem dare contractibus, verbum tamen *legis*, simpliciter positum & in dubio sanctionem significat. Neque verosimile est delatione iuramenti hanc conuentionem de arguendo periurio adiectam fuisse: quin & an ea effectum arguendi periurii inducere potuerit, merito dubitari possit, siquidem decisionem iuramento factam fauorabiliter ius publicum defendit, & iuramento præstito tantum quæri an iuratum sit, & religioni stari debere decidit *l.5.§.2.h.t.l.21.& 22. de dol. mal.*

Sed

Sed an in peierantem.] Nimis simpliciter negare videtur, quod in peierantem per Deum vlla pœna iure ciuili sit constituta: *l. pen. C. de dignit. & l. 41. C. de tran. act.* neque enim satis facit quod *Cyn. Bart. & Sal. in l. 2. C. h. t.* cum textum ad iuramenta de præterito & litis decisoria restringunt, quippe quod inter hæc sufficiens ratio differentiæ non appareat: facit *l. 22. d. dol.* vbi dicitur sufficere periurii pœnam: quod difficile est restringere ad periurium per genium principis, cui ictus fustium irrogatur, *l. 13. §. vlt. h. t.* licet alias genium principis periurio violantes, acrius punitos fuisse, quam qui per Deum peierassent probari soleat ex Tertulliano & Octauio in Minutio quos citat Gothofred *ad l. 2. C. h. t.* in quam sententiam locus est geminus apud Tacitum 1. annal. vbi accusato quodam, quod nomen Augusti periurio violasset, rescripsit Tiberius, perinde habendum ac si Iouem fefellisset, Deorum iniurias Diis curæ esse: non absimiliter ac pater Gedeonis in libr. Iudicum, si Baal Deus sit, ipsum iniurias suas vindicare debere respondet, prout de Christianis scribit Forcat. in Cupid. cap. 18. quosdam periurio Christum lædere malle, quam Antonium. Eaque videtur sententia, *d. l. 2. C. h. t.* ex qua non obscure probatur interesse, an per Deum, an per genium principis peieratum fuerit: cuius diuersitatis rationem hanc à quibusdam allatam memini, quod genius principis habitus fuit inter Deos minorum gentium, (quomodo Plautus alibi iocatur) qui in vindicandis iniuriis suis, vt minus potentes magistratuum ope indigerent. Sed sc. Principes Romani dignitatis suæ satagentes, omnibusque modis autoritatem & maiestatem suam in tuto collocare cupientes, hoc ita constituisse videntur. Illa ridicula ratio est, quæ proponitur à *Cyn. & Salicet. in d. l. 2. C. h. t* quod alias periurium per genium principis maneret impunitum, cum nominis sui violationem ipse vindicet Deus, iuxta illud, Mihi vindictam, & ego retribuam: à qua sententia non videtur alienus ipse *Iustin in Nou. 82. cap. 11.* vbi ait, eum qui facit contra iuramentum, à Domino Deo pœnas expectare. Enim verò etiam quæuis in proximum commissa peccata vindicat Deus, vt tamen non tollatur officium magistratus, cuius est etiam delicta recta & primario in Deum commissa vlcisci, quæ eiusmodi est blasphemia, cui pœnam capitis irrogat Iustin. *in authent. vt ne luxur. contr. nat.* & eiusdem ex d. Nou. 82. ad casum periurii non detecti commode refertur. Et sane illa quæ de pœna periurii Deo relinquenda dicta sunt, Christianis institutis sunt indigna: & si *l. 2. C. h. tit.* alium nullum sensum admitteret, ad gentiles, a quibus perfecta est, releganda esset. Explicanda autem, quidquid etiam eius autor senserit, ita est, vt intelligamus, periurium nulla certa Lege, nulloque ordinario iudicio vindicari: quod ipsum innuere videtur Treutl. dum periurio certam iure ciuili pœnam impositam esse negat. Cæterum quo minus pro qualitate circumstantiarum periurii conuicti extra ordinem & ex officio à Christianis magistratibus puniti fuerint, & puniri debeant, dubitandum non est: velut *ex l. 13. Codic. de testibus* restituta à Cuiacio falsus testis de periurio conuenitur. Neque Ethnicos hoc impunitum habuisse credibile, siquidem teste Cicerone 3. Officiorum nullum vinculum iurisiurandi religione fortius maiores esse voluerunt: eamque curam pontificum vel censorum fuisse, probabile est, iuxta notata *Reuard. 2. varior. 3.* qua de re vide etiam *Brisson. lib. 8. de formul. popul. Roman. pag. mihi* 707. *Berrenon 2. animadu. 8. VVurmſ. lib. 1. tit. 18 obſ. 17. Mynſ. 3. obſ. 3.*

LIT. C.

Reuocari tamen potest.] Connectere hoc videtur cum lit. A. qua dixit, iuramentum susceptũ non referri. Sunt autem ista plane diuersa & in diuersis subiectis: refertur ab eo, cui delatum est, reuocatur ab eo, qui detulit. Cæterum iis connexis sequetur inde, quod susceptum iuramentum reuocari possit. Quod in voluntario iuramento, de quo hic agitur, vereor vt defendi possit, postquã ei qui illud suscepit, ius est quæsitum, per modum conuentionis, *arg. l. 17. in prin. h. tit.* vt altero inuito reuocationi non sit locus. *argum. l. sicut. Cod. d. O. & A.* Cæteroquin de reuocatione illa *in cit. l. 3 h. t.* nullum verbum & in *l. 11 C. eod.* de iuramẽto iudiciali tractatur, quod totus ille contextus & ipsa l. verba ostendunt ex quibus & hoc non obscure colligitur, etiam susceptum iudiciale iuramentum reuocari posse: quia vt paulo post dicetur, est quasi irregulare, & admittitur in defectum probationis, quam si alia ratione implere velit & possit actor, merito audiendus est. Ex quo existimo, in hoc iuramento iudiciali, postquam lite contestata partes ad iudicem missi sunt, non obtinere regulam *l. 38. h. t.* & actorem probare volentem, iuramentum à reo delatum subire non cogi. Et ergo hoc reuocandi iure potius sub iudiciali iuramento proponendum erat.

Sequi-

Sequitur apud Treutl. in exegesi per modum limitationis, *intellige, si intra tempus delatum fuit*: ex quo consequi videtur, 1. si susceptum sit ante elapsum tempus, reuocari adhuc durante tempore posse. Quod vix puto, & per prædicta. & quod tempus fauori eius, cui delatum est, adiectum videtur. 2. si citra definitionem temporis delatum sit, deliberante v.c. adhuc reo, reuocari non posse. Cuius itidem contrarium verius est: quoniam res adhuc est in integro: adeoque verum est, contra quam apud Treutl. sequitur, etiam simpliciter delatum reuocari posse: Illa autem sequens, alia quæstio est, quæ cum priori nihil habet commune, de remissione iuramenti. Quod si isti oppositioni aliquid tribuendum est; *Intra tempus delatum reuocari potest, simpliciter delatum remitti potest*: sequetur aliud, & illud tertio falsum, iuramentum intra certum tempus delatum, remitti non posse. Hæc autem oppositio recte se habet. Vbi reuocatur iuramentum, nihil prodest v.c. reo, delatum fuisse, prodest autem, vbi remittitur, id est, vbi parato iurare, vel etiam adhuc deliberanti, iuramenti fit gratia, scil. præstandi: quoniam aliud est gratiam facere iuramenti iam præstiti, id est, vt facere ne cogaris quod iurasti, qui casus est *l. vlt. municip.*

LIT. D.

Ab actore præstitum Verbum *actoris* superfluum est, quia reo constat actionem dari non posse: sed & largius vtitur voce *actoris*, cum de iuramento tractat voluntario, quod extra iudicium præstatur. Illud autem videndum, quod ait actionem hanc quæ ex iuramento nasci dicitur, nouam esse: pro quo facit, quod iuramentum dicitur habere vim nouandi *l 26. §. vlt. h. t.* & actor per iuramentum actionem sibi acquirere dicitur *l. 9. §. 1 h. tit.* in factum ad similitudinem actioni iudicati *l. 8. C. h tit.* & vtilem *in l 11. infr. l. 13. § 1. l. 29. h. t.* quia ad instar actionis iudicati à prætore introducta est & qua non quæritur an debatur, sed tantum an iuratum sit *d. l 9. § 1. §. itē si quis 11. Inst. de action.* Et male *d. l. actori 8. C. h. t.* accepta est ab Accurs. quem male probat Salic. ibid quasi intelligatur ipsa actio iudicati: & longe rectius ex sententia Iacob, de Rauen. *Cyn. in d. l. 8. n. 4.* debet, inquit, intelligi ad similitudinem iudicari, id est, sicut actio iudicati oritur ex sententia, sic actio in factum oritur ex iuramento: quoniam is contra quem iudicatum est, habetur pro iudicato: ex quo res iudicata & iureiurando decisa conferuntur *in l. 56. de re iud.*

Verum huic sententiæ de noua actione objicitur *l. 1. §. 2. & seq. h t.* vbi probatur actioni ex præstito contractu locum esse. Ad quod expediendum distinguunt *Dd. gloss. Cyn. Bart Sal. in d. l. 8. Zas. in d. l. 13. § 3. h. t.* an iuratum sit formiter adiecta causa, an informiter. Quæ sententia inde refutatur, quod ex ratione iuris nostri, nulla petitio vel actio informis esse potest etiamsi sit realis, vtcunque in hac titulus non exprimatur: quam obiectionem *Zas. d. loc.* expedire nequit. & alias verosimile non est, in casu ratissimo eam actionem introductam. Nec longe hinc abest sententia Duar. qui *in cap. 1. h. t.* putat ex iuramento agi in factum, vbi actio nullam propriā appellationem, propriumque titulum habuit, secus si causa certa sit, ex qua iuratum est. Alii vtriusque actionis concursum admittunt, quæ etiam Dd. per notata *Cyn. & Salic. in d. l. 8* eo casu quo formiter iuratur, sententia est. Alii distinguunt inter iuramentum voluntarium & iudiciale: vt ex illo actio pristina, ex hoc actio in factum detur: quæ sententia probatur *Vulteo lib. 1. discept scholast. cap. 7. Cuiac. in recitat. ad d. l 8. & Hottom ibid.* Sed aduersatur quod iuramentum iudiciale sequitur sententia *l 35. §. 9. h. t* idcoque locus est actioni iudicati vt recte docet *Donell. hic c. 10. & probat Treutl th. seq. in fin.* Possit quidem dici, directam actionem iudicati competere vbi sententia ex veris probationibus lata est, vbi autem iureiurando præstito per irregularem probationem & fictitiam actor obtinuit, ad vtilem iudicati actionem in factū recurrendum. Verum diuersa probandi ratio, variare actionem non potest, cum ad actionem iudicati sufficiat sententiam à iudice latam esse: & alias etiam in casu necessarii siue suppletorii iuramenti actioni iudicati locus futurus non esset. Et vero præter actionem istam in casu necessitatis introduxit, neque dubium mihi est, edictum prætoris, ad quod hic titulus pertinet ad illud iuramentum referendum esse, quod extra iudicium præstatur, cum nulla sequente sententia in finibus iuramenti subsistitur, & iuramento res deciditur, vt est *in d. l. 56. de re iudic.* de quo procul dubio accipienda etiam *l. 8. C h. t. & §. 11. Inst. de act.* vbi dicitur tantum quæri an iuratum sit: & facit *l 26. §. vlt. h. t.* vbi iuramentum quod dicitur haberi vim nouandi ex conuentione & habere instar iudicij procul dubio iuramentum est extraiudiciale. Videri possit interesse, an post iuramentum præstitum factum vel contractus super quo iuratum est, negatur, an qui contra-

ctum

ctum fatetur, ei nō satisfaciat, nec eum impleat: vt nempe factum illud per actionem ex iuramēto probetur, ad eius autem impletionem per actionem ex illo ipso facto prouenientem perueniatur: v. c. interest, an aliquo rem venditam esse negante, venditionem factam esse iuretur, an contractum fatente, & pecuniam sibi solutā non esse, vel rem se tradidisse contendente, alter se numerasse iuret, vt altero casu actio vtilis ex contractu, altero actio in factum competat. Neque obstabit quod iuramentum nouationis loco esse dicitur: vel quia vera hæc nouatio non est, vel quia vbi iuratur super obligationem quam aduersarius negat, ea non nouata, quam probata intelligitur, quod secus est si ex contractu quem alter fatetur, quis sibi deberi iurauerit. Verum ille scrupulus superest, quod nihil impediat, quominus *d.l.13 §.2 & 3.* de hoc quoque casu accipiatur, & qui emptorem pretium sibi debere iurauit, vtili actione contractus experiatur. Ideoque dicam hanc actionem quæ ex iuramento dari & in factum dicitur, nō tam esse plane nouam, quam noua qualitate imbutam: ita vt non secus ac actio noxalis, de peculio, in rem verso, ita ista in factum actio accommodetur omnibus causis, ex quibus iuratur, adeoque illa vtilis ex empto actio, de qua *in d.l. 13. h.tit.* sit actio in factum prætoria. Itaque nouatio hic fieri intelligenda est, non ratione totius actionis, sed nouæ qualitatis & adiectionis, quod non amplius causa debendi, sed hoc tantū, an iuratum sit, examinatur. Et ad hanc opinionē potest aliquo modo accommodari sententia Donelli hic c. 8. dum ait, post præstitum iuramentum esse vere ex eo actionem, sed quæ tamē nominetenus ex empto, pignoratitia appelletur, quia ex his & super his causis præcedentibus iuratum fuit. Secundum quæ non obstabit *l. 25. §. 1. de const pec.* quæ commode de hac vtili actione explicatur iuxta gl Br. Salicet. & alios, qui ibi formiter iuratum fuisse notant: licet verior eius loci sensus hic sit, illud super quo iuratum est, cū iure exigi possit, recte in constitutum deduci, vt Vult. disc. schol c. 7. Ex quibus apparet, non recte simpliciter actionem nouam appellari posse, quinimò fortius dicendum est, iuramentum præstitum non impedire, quominus actio pristina ex contractu, sine qualitate ista, quam diximus, intentari possit, per text. *in l eum qui in pr. h.t* vbi, non induci veram nouationem per iuramentum notat *Br. n. 5 post gl. in l qui iurass. infr. eod.* sed quia stultus fuerit, qui necessitate probādi se astringat, fit, vt fere tantum istius actionis in factum mentio fiat, vtilitas autem in hoc est, si actio pristina sit maioris efficaciæ, & pinguior vtiliorque quam actio noua ex iuramento, vt in specie *d.l. eum qui 30. in princip.* vbi actio principalis competit in duplum.

Ex quibus consequitur, actionem istam à Tr. non recte simpliciter in personam dici. quoniam si tantum actionis qualitas est, vbi super actione in rem iuratum est, in rem actio appellari poterit, nimirum vtilis, sicut in specie *l 13. § 2. & 3. h.t.* actio ex contractu vtilis appellatur: idque probatur *ex l. 9. § vlt. l. 10. l. 11. §. 1. & 3. l. 13. in pr. h. tit* eoque pertinet *l. 7. §. si petenti de publ. action.* vbi ei qui iurauit, publiciana datur, male enim Vulteius cap. 7. disceptat. schol. ita eum locum accipit quasi actio in factum detur ad tradendam possessionem, qua amissa demum competat Publiciana

Datur & in successores iurantis.] Oportet hic esse errorem Typographi, (quia contra iurantem hæc actio dari non potest.) & legendum. *vel successoribus iurantis*, vel, *in successores eius, contra quem iuratum est.*

Et perpetua est] Si recte disputauimus, hanc reuera non nouam actionem, sed aliarum actionum esse qualitatem & adiectionem, sententia ista defendi non poterit: quod ista adiectio nec principali actione fortior esse, nec ex temporali poterit efficere perpetuam. Ita verbi causa si iuratum fuerit super actione redhibitoria, vel quanti minoris, actio hæc ex iuramento, perinde vt ipsæ actiones principales, temporalis futura est.

LIT. E.

Hæc verba sub hac lit. in th. habentur. *A reo præstitum non quidem actori actionem denegari, sed exceptionem reo competere facit.* Quæ verba non obscure efficiunt, eadem esse, *actionem denegari, & ipso iure non competere.* Enim verò, licet phrasis hæc, *denegari actionem*, generalius ita accipi possit, remoueri aliquem plane à limine iudicii, cui nulla actio competat, attamen in vsu iuris actio ipso iure competens æquitatis intuitu denegari dicitur sicut ita in procuratorem rei, qui se non obtulit, actionem iudicati denegat prætor, quæ in ipsum summo & mero iure tanquam dominum litis effectum competit. *l. 4. de re iud.* Atque hinc est, quod in nostra specie, contra quam Tr. loquitur, regulariter actio denegetur *l. 9 in pr. h. t.* quæ tamen ipso iure sublata non est *§. æque 4. Instit. de except.* Et datur adiecta exceptione, si

dubitetur, an iuratum sit, *d.l.9.in pr. h.t.* quod ipse in exegesi ait Tr. sibi quodammodo contrarius, dum in th. tradit non denegari exceptionem, sed cum exceptione iurisiurandi concedi.

Successoribus tam in rem quam in personam.] Paulo obscurius hoc dici videtur, pro eo, *in successores particulares & vniuersales*, qui haud scio, an in vsu iuris successores in personam dicantur. Cæterum affine hic est iuramentum pacto, ex quo datur exceptio omnibus, quibus dari interest paciscentis, qui videlicet regressum aliquem vel actionem contra paciscentem haberent. In hoc autem maior est vis iuramenti, quod pactum fideiussoris reo non prodest, sed iuramentum prodest, quoniam est loco solutionis, *l. 28. §.1.h.t.*

THESIS IX.

LIT. A.

Proponit hic causas, ex quibus iuramentum iudiciale recusari possit. Hæ vero propriæ non sunt, sed etiam communes voluntario: veluti tertia de iuramento quod lædat pietatem: itemque & prima ex facto deferentis, eiusque duæ species, altera *ex l.34. §.4.h.t.* si deferens non iuret de calumnia: altera *ex l.11.C. h.t.* Si iuramentum fuerit reuocatum: licet sane inconcinne dicatur, iustam causam esse recusandi, si alter iuramentum reuocauerit: nisi forte Treut. hoc intelligit, si post reuocatum iuramentum iterum quis illud deferre velit qui scil. non auditur *d. l.11.C.h.t.*

Non etiam ea] Ratio dubitandi est, quia turpi personæ facile peieratur, sine periculo iuramẽtum referri non potest. Ratio decidendi est, quod sufficit iure referri posse, & quod vt referre liceat, semper necessarium non est velut in casu *L. Marcellus* §.11.*vltim.* rerum amot. vbi quæritur de facto quod deferens liquido scire non potest: ex quo *Bart. in l. iusiurandum* 34.§ *ait prætor 6.* in genere scribit, ex Petro, quod in turpibus causis & delictis, vbi deferens veritatem ignorat, alter autem scit, iuramentum referri nequeat: quem locum male accepit Treu. dum Bart. hic pro diss. citat. quasi ille ex causa iuramentum recusari posse statuat: quod deferens sit turpis persona.

Vel ex facto eius cui defertur.] Hoc ita explicat, si ab hoc iuramentum referatur. Parùm verò concinnè dici videtur, relationem iurisiurandi esse iustam recusandi causam; maximè si attendatur oppositio, quam ipse Treutl. facit, facti deferentis, & eius cui defertur: illo casu ita recusari dicitur, vt propter factum deferentis non cogatur præstare is cui defertur: quæ si recta esset oppositio, deberet hoc casu ita recusari posse, vt propter factum eius cui defertur non cogeretur præstare is qui detulit.

Vel ex re ipsa.] Veluti si deferatur vt per sacra prohibita vt loquuntur *Dd in l.2.C.h.t.* Eodemque pertinet qualitas causæ, si quis iustam ignorantiam prætendere possit: referenda est quæstio proposita à *Treutl hac lit. vers. item si quis*, an ex eo recusari possit iuramentum, quod propter ignorantiam quæ est in deferente, nequeat referri: quod quidem recte negatur ex ante citat. *l. Marcellus.11.§. vlt. rerum amot.* modo causa talis sit super qua iuramentum recte deferri possit.

LIT. B.

Suscipiendum est.] Hoc quoque non ex iudiciali tantum, sed etiam in voluntario obtinet per *l. 34.§ 6 & l 38.h.t* ea præsertim specie, quæ in iure apud prætorem defertur.

Reuocatio autem.] Putarim contra Tr. reuocationem iuramenti etiam fieri posse intra tempus, quo iurari debuit: maxime si verum est, quod thes. præced. lit. C. scribit Treut. iuramentum simpliciter delatum non reuocari: hoc enim posito nunquam reuocaretur iuramentum, quoniam vbi intra tempus delatum est, non reuocatio, sed ipse temporis lapsus facultatem iurandi adimit. Et vero si iuramentum iudiciale etiam susceptum, antequam re ipsa præstitum est, reuocari potest, si actor probare velit, quod docet *l.11.Cod.h.tit.* multo magis poterit intra tempus reuocari. Illud obiter noto quod Treutl. hac th. & præced. ad probanda diuersa prædicata circa susceptionem vel reuocationem, &c. de diuersis subiectis & speciebus eosdem textus iuris male adducit. Enimverò generalia & communia præmittenda, specialia & propria sub quaque specie seorsum tractanda & proponenda erant.

LIT. C.

Licet nihil probatum sit.] Existimat Tr. iuramentum iudiciale post lit. contest. ab actore etiamsi nihil probauerit, deferri posse. Quod rationi iuris nostri vix conuenire videtur: vt videlicet, qui omissa delatione iurisiurandi extraiudiciali, petita à prætore, & accepta formula, *si paret eum dare oportere*, ad iudicem iuit, quasi mutata sententia, & desultoria leuitate reum ad iusiurandum præstandum adigere possit, cum ipse nihil præstiterit. Et dubitare omnino liceat.

ceat.

ceat, an eiusmodi iuramento ex ratione iuris antiqui locus sit, utpote qui iuramentum defert, non probat, & actore non probante, reus absolui debet: & cum licuerit ante ceptum iudicium apud prætorem iuramentum deferre, permittendum non videtur, vt qui facultate illa neglecta, formula accepta, ad iudicem iuit tanquam causæ suæ confidens & intentionem suã probaturus, mutato consilio ad delationem iuramenti confugiat, & reo quasi necessitatem probandi imponat. Huc facit, quod edictum prætoris ad iuramentum illud, quod ante litem contestatam delatum est, pertinet: tum introductis à prætore, quia actione & exceptione in casu iudicialis iuramenti, quod sententia sequitur, opus non est: tum quia iudicatum esse, iuratum esse, confessionem in iure factam esse, ita conferuntur, vt hæc quoque duo posteriora nullam sententiam desiderare, consequatur per *l. 55. de re iudic. iuncta l. 4. de iur. patron. Facit l. 35. in fin. hoc tit. & l. 28. §. 2. de iudic.* vbi dicitur, legatum qui non cogitur Romæ iudicium accipere, neque ibi iurare cogi. Et hæc sententia confirmatur autoritate Dd quos citat *Fachin. 1. controuers. 20.* qui statuunt, actorem, qui semel probandi onus in se suscepit, & hunc modum obtinendi in iudicio elegit, iuramenti amplius deferendi facultatem non habere: etenim ex ratione iuris veteris, quicunque accepta à prætore formula ad iudicem pedaneum ibat, necessitate probandi se adstringebat. Ex quo efficitur, ex vera ratione iuris nostri, vnam esse speciem iurisiurandi mere decisorii, quod à parte parti extra iudicium defertur, quæ sententia confirmatur ex *l. 31. h. tit.* quæ duas tantum species iuramenti agnoscit, alterum, quod inopia probationum in causis dubiis defert iudex, alterum per quod quasi per modum transactionis causa inter partes deciditur. quæ verba de illo iuramento, quod in iudicio coram iudice pedaneo præstatur, nullo modo accipi possunt. Sed obiicitur huic sententiæ. 1 textus *in l. 1. h. tit.* Respond. verba illa, *autoritate iudicis*, ad iuramentum, quod necessarium Dd appellant, referri posse: vel potius, quod ibi denotentur duæ species iuramenti voluntarii, quorum alterum ex conuentione suscipitur, alterum in iure defertur ad prætorem, qui non semel appellatione iudicis significatur. 2. textus *l. 9 § 2. h. tit.* Respond. eius §. hunc esse sensum, quod sententia contra iuramentum antea præstitum, & forte non allegatum aut probatum, lata, valeat, & famosum faciat damnatum: qui vnus est intellectus notatus à gloss. ibid. qui inde firmatur, quod non facile in famosis actionibus ex delicto actori defertur iuramentum, cum nec reus sibi delatum referre possit *argum. l. 11. in fin. rer. amot. Bartol. in l. 34. §. ait prætor h. tit.* 3 magis obstat *l. 34 § vltim. h. tit* quæ agit de officio iudicis: vbi res in iusiurandum demissa est, expressèque condemnationis & absolutionis mentionem facit. Dici fortasse potest, quod textus ille ad eum casum referri debeat, vbi re apud prætorem aliquantum dubia iudex sub hac formula datus est, si reus non iurauerit vel retulerit, condemnat: Nisi forte manum illi loco admouit Tribonian. quod probabile facit §. præcedens. cuius postrema verba, *si quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiusmodi iurisiurandi terminetur*, à Triboniano esse, nullus dubito. Et postquam sublato more dandi iudices ipsi magistratus cognoscere cœperunt, confusio eorum, quæ in iure & in iudicio fiebant, consequuta & introducta est, & inde fortassis receptum, vt etiam post lit. cont. iuramentum recte deferretur, quod olim tantum in iure apud prætorem permissum fuisse videtur.

Imo etiamsi reo offeratur. Sententia hæc est, quod etiamsi actor probare intentionem suam cœperit, adhuc tamen deferendi iuramentum habeat facultatem. Hoc autem idem est cum eo, quod propositum fuit liter. A. vers. huc referantur, vtcunque testes produxerit actor, iuramentum tamen delatum reo recusari non posse: siquidem hic intelligendus est casus probationis nondum impletæ, quod aliàs in dolo esset, qui reo quem probationibus conuincere posset, deferret iuramentum. Facit pro hac Treu. sententia, quod aliàs vbi ipsi magistratus iudicant, parum aut nihil differret iuramentum iudiciale ab extraiudiciali: tum etiam quod ex communi omnium sententia approbatio iudicis in hoc iuramento iudiciali desideratur. Neque impugnat, sed magis confirmat hanc sententiam *l 11. Codic. hoc titul* à contrario sensu: quoniam si eo demum casu, quo delato semel iuramento & reuocato actor probare aggressus est, vlterior delatio inhibetur, ergo etiam post susceptas probationes prima delatio admittetur.

De Iure Saxonico. Ait iure Saxonic. hac disputatione opus non esse, quod eo iure actor indistincte se releuare possit ab onere probandi, si ante

si ante lit contest. narrata libelli reo in consciẽtiam defert. Atquin vtique opus erit, si hoc non facto lis contestat, & in causa processum sit: neque enim negat Tieut. etiam iure Saxon post litem contestat. hoc iuramentum deferri posse. Et adeo cum hac in re differentiam iuris Saxon. & ciuilis statuit, eo ipso existimare videtur, ex ratione iuris ciuilis ante litem contestatam iuramentum deferri non posse. Quod ex praecedd. iam confutatum est & cũ ipsi magistratus hodie iudicent, obseruatio illa iuris Saxonic. iuri nostro ciuili optime conuenit: & his consequenter etiam iure Sax. disputationi huic locus erit.

LIT. D.

Affirmat hic, quod actori plene probare volenti iuramentum hoc deferri non possit. Dubium facit aequalitatis ratio, quod si actori facultas datur, iuramentum deferendi, etiamsi nihil probauerit, etiam videtur reo concedendum, vt iuramentum deferat, vtcunque actor plane probare velit: quamuis agnoscam rationem differentiae, quod cum iuramẽtum finiendis litibus sit introductum *l. 1. hoc tit.* & propter defectum aut difficultatem probationum receptum, actori quidem delatio necessaria est, vbi aliter probare nequit, nulla autem suadet necessitas hoc admittere, vbi probationes sunt in promptu, cum etiam multi in causa iusta iurare grauentur. *l. 8. in princip. de condict. Institut.* Ex hac autem ratione prius illud, quod actor simpliciter, etiamsi nihil praestiterit, iuramentum deferre possit, ita limitabimus, si reus actoris intentionem negauerit: quod si autem exceptione se defendat, eamque probare paratus sit, eadem ratione, cum in exceptione actor sit, necessitate praestandi iuramenti eum absoluemus. Pertinent autem haec ad iuramentum iudiciale, vbi lite contestata quasi facultas probandi partibus aperta est: secus statuam in eo, quod defertur ante lit. contest. & ex ratione iuris antiqui in iure apud praetorem. in quo scilicet obtinet regula *l. 38 h. tit.* in eoque videntur lapsi Doctores citati & probati à *Mascard. vol. 2 conclus. 957. nu. 5* simpliciter locum facientes delationi iuramenti, etiamsi pars probationem implere, parata sit.

LIT. E.

Sententiam sequi debere] Ex ratione iuris antiqui, certissima haec sentẽtia est, quod pedaneus iudex non nisi dicta sententia officio suo defungi poterat. Caeterum postquam ipsi magistratus iudicãt, nõ adeo absurda videri possit VVesembec. sententia, vt post iuramentum praestitum magistratus causam habeat pro decisa, proinde vt obtinebat iure veteri, postquam in iure apud praetorem iuramentum praestitum erat.

Ob noua instrumenta retractari non debet] Quia non licet quaeri de periurio & aut sequitur sententia, & huius autoritas obstat: de quo dicemus infra part. 2 disp. 32. thes. 5. lit D. aut non sequitur, & defenditur iure transactionis cuiusdam *arg l. 31. hoc tit.*

An vero actio.] Sententia haec, quod non ex iuramento iudiciali, sed ex voluntario nascatur actio illa praetoria in factum iam supra probata est, eandemque probat *Cynus in l. 8. Codic. h. titul.* & olim fuit Placentin. teste Salicet. ibid. qui tamen contrariam opinionem vt communem, & confirmat his rationibus 1. *ex l. 9 §. fin. & l. si possessori. vers. proinde h. tit.* quod scilicet ibi mentio facta petitionis arguat litem fuisse contestatam 2. quod in hoc iuramento perinde ac in voluntario intelligatur quasi contrahi. 3 quod deferens videatur se fateri deteriorem aduersario si iuret sic esse. 4 Ex generalitate *l nonerit §. dato. h. t.* Quae rationes nullo negotio remouentur. Et prima quod verbum petẽdi sit latius, & haud dubie eum casum comprehendat, quo res in iure apud praetorem tractatur. Secunda quod iuramentum deferatur autoritate iudicis, neque adeo contractus vllo modo dici possit: neq; voluntarium iuramentum sine autoritate praetoris habile esset producere actionem: sicut nec quasi ille contractus, qui dicitur fieri per litis contestationem actionem ex se producit, sed interueniente sententia, quae cum in hoc nostro casu sequatur, actio iudicati competit. In tertia nec verum est quod de cõfessione proponitur, & retorquetur argumentum, quod in casu confessionis iudicialis post litem contestatam, quam sententia sequitur actioni propriae de cõfessis non est locus, sed tantum factae in iure apud praetorem *argument. l 6 de re iudic.* de quo dictum aliquid *disputation. 4. thes.* 1 Denique generalitas adducta nihil ad rem facit, quia supra probatum est, quod edictum praetoris tantum de iuramento extraiudiciali loquatur. Plane si iuxta VVesembecii sententiam. cuius paulo ante facta mentio est. obtinere possis, sententiam hodie necessariam non esse, quam quorundam distinctionem *in d. l 8. h. tit.* refert Salicet facile actioni in factum praetoriae locum hic dandum esse, admittam.

THE-

THESIS X.

LIT. A.

Quod iudex non cogitur interponere.] Incipit hic tractare de iuramento necessario, quod negat iudicem cogi, *interponere*, pro *deferre*. Et facit pro Treutl. *l. 31. h. tit.* ibi *solent iudices, &c.* & si ex sententia Duaren. & Donel. dispures, ex ratione iuris in casu semiplenæ probationis, nec deferendum quidem fuerit hoc iuramentum, sed reus absoluendus. Verum posita communi Dd sententia, qui causas dubias, de quibus *in l. 9. Cod. h. tit. & in l. 31. eod.* hoc sensu explicant, verius fortassis videatur, quod iudex necesse habeat hoc iuramentum deferre tum *ex l. 3. Cod. hoc tit.* ibi, *oportet.* tum quod hoc necessitatis est, quod officii ratio imponit iudici: siquidem alia ratione: (neque enim hic admittimus iuramentum sibi non liquere) nisi mediante hoc iuramento causam decidere non possit. Et hæc opinio recepta videtur à Dd. vt scilicet nisi deferat iudex, actor etiam appellare possit, per notata *Sichard ad rubric. Codic de probatio. num 7. idque ita tradit Cyn. in d. l. 3. n. 7. & magis probat ibid. Salicetus nu. 5. Br. in l. admonend. h tit. nu. 59. & Iason in lect. 1. in dict. l. admonen. col. 7. vers. quarto nota.* ait, quod verbum, *solent*, in hac L. sit necessitas.

Sed quæ hic dicenda causa dubia.] Principalis ista huius loci quæstio est: & Duaren. quidem & Donell. citati, eosque sequutus *Anton Fab. decad 19 error. 1.* causas dubias esse censent, vbi vtrimque æquales sunt probationes, & contra iuramentum illud suppletorium, quod Dd. communissime admittunt, ita disputant, quod cum actore non probante reus absolui debeat, non dicatur probare, qui semiplene probauit *argum. l. 15. qui sat. dar. cog. l. vlt. Cod. de probat. l. iurisiur. Cod. de testibus.* Quinimo semiplena probatio contradictionem habere videtur in adiecto: & probatio significat legitimam. *argum. l. 4. 12. Cod. de probat.* & actor intentionem suam implere debet *l. 1. Cod. de probat. l. 9. C. de obligat. l. vltim. Cod. de rei vind.* quo pertinet *l. 9. Cod. de testib. l. 19. D. de quæstion.* vnde probatur vnius testimonium pro nullo habendum esse, siquidem cum vnum testem produxisset reus à quæstionibus incipiendum esse negatur. Sed Dd medium esse docent, inter plene probare & nihil probare. Et sane sententia Duareni vsum huius iuramenti nimis restringit, contra textum *in l. 31. in fin. h.* ibi *solent iudices* cum rarissime eueniat, vt vtrimque pares siut probationes. Et facile euitabimus obiectiones Duaren. si dicamus, arbitrio iudicis committendum esse, quænam sit semiplena probatio: sicut enim non temere passim hoc iuramentum deferendum est, ita absurdum fuerit facultatem istam plane iudici negare, cuius animum multa mouere possunt, vt etiam extra casum plenę probationis in alterutrā partem inclinet, vt citra præstationem iuramenti nec absoluere iure possit nec condemnare. Neque de alia iuramenti specie accipere possis Iustin. *in l. 12. C. h. tit.* quod ipsum fatetur *Antonius Fab. decad. 19. error. 2.* & probatur ex eo, quod Iustin. ibi disputat de intercidente probatione propter interpositam appellationem, quod de ipsa per iuramentum probatione accipiendum videtur: Et vt maxime hoc iuramentum ratione iuris antiqui non conueniret, sed consuetudine & vsu tempore Iustin. receptum fuisset, vt citato loco disputat Fab. satis tamen hoc esset ad adstruendam huius iuramenti autoritatem. Causæ sane nihil est, quamobrem ad tempora Iustin. hoc iusiurandum referri: aut cum *Fabr. d. l. 31. hoc tit.* Triboniano adscribi debeat, cum præsertim etiam *in l. 1. h. tit. & in l. 3. C. eod.* iurisiurandi à iudice delati sit mentio. Neque enim mihi hic conuenit cum *Fabr. qui d. l. 3.* ad iuramentum refert, quod pars parti in iudicio detulit: quippe quod iuxta supra tradita, si rationem iuris antiqui spectamus, irregulare plane habendum est, & longe magis rationi illi iuris conuenit, vt per iudicem quam vt per partem lite contestata iuramentum deferatur. Et suauiter sane *Anton. Fab. d. error. 1.* sententiam illā confirmat inde, quod non nisi deficientibus probationibus iudiciale iuramentum deferatur citata ad hoc *l. inter 35. hoc tit.* quippe cum hæc lex de iuramento extraiudiciali loquatur, & insuper de tutore, qui non nisi in defectum aliarū probationum iuramenti deferendi ius habet. Porro de speciebus semiplenæ probationis tractant Dd. *in d. l. 31. hoc tit. vbi plenissime Iason & in l. 3. Cod. eodem vbi prolixe Salicet.* & in ea specie omnes conueniunt, quæ fit per vnum testem omni exceptione maiorem: siquidem vt *Odofred & Cyn in d. l. 3.* scribunt, duo testes plenam probationem faciunt. Quæ ratio inepta videri possit, quod ita per quatuor testes semiplene probaretur testimoniū: nisi saluetur per notata *Salicet in d. l. 3. n. 16.* vbi docet speciale esse, quando ad solemnitatem actus plures testes desiderantur, quorum vna deficiente actus sit nullus, eoque ad iuramenti delationem perueniri non possit.

Locum habet in causis appellationum.] Nullam hic video rationem dubitandi.

In matrimonialibus tum.]Videtur hic non esse locus huic iuramēto, quod ex receptissima Doctorum sententia in causis arduis non defertur, cuiusmodi est causa matrimonialis, per notata a *Gail.2.obseruat 94.in princip.* ex quo etiamsi semiplene probatum sit, in iuramentum hoc deferendum non esse, scribit *Castrens in l 3.in princip.h tit.numer.*11.nisi, vt ibid.addit, magnæ sunt præsumptiones pro iuraturo: Et quidem vt deferatur pro matrimonio non contra, vt notat *Castrens.ibid.& Gail.cit.obseruat 94.* Licet enim sint, qui iurari quidem etiam contra matrimonium existiment posse, ita tamen, vt sicut sententia contra matrimonium lata non transeat in rem iudicatam, ita iuramentum non præiudicet, quo minus causa retractari possit *Cyn. in l.3. Cod.hoc tit num.5.gloss.& Salicet in l.3.§.quacunque h.tit num.6.* attamen tutius videtur, vt plane iuramentum non deferatur, ne de periurio disputare sit necesse: Ex quo remouetur ratio *Cyn. ex l.vltim.Cod. de transaction.* ex qua super causa status etiam contra libertatem transigi potest: Cæteroquin *in d l.3 §.2.hoc tit.* non contra, sed pro libertate iuratur.

Quo casu voluntarium.]Ratio ab omnibus redditur, quia videtur hic de nouo contrahi matrimonium: sicut ex aduerso, quare contra matrimonium referri non possit, quia legitime contractum matrimonium priuata partium conuentione dissolui non potest.

Non vero in criminalibus.]Varie hic distinguunt Doctores. *Odofredus, Cynus, Salicet. & alii in l 3. Codic.hoc titul.* Et vt generalius hoc tractetur à parte, an à iudice deferri posit, quæritur: & de illo rursus an ab actore, an à reo. Ab illo non potest, quia cum versetur interesse Reipublicæ deferendo iuramentum remittere illud actor non potest, & vt addit. *Salicet.in d l.3.* ita fieret vt actor impune desisteret, & eluderetur SCtum Turpillia, cui accedit, quod reus præsumitur peieraturus. A reo deferri posse, existimant *Cynus in d.l 3.numer.2. Bart. in l.maritus. 20. de quæstionib.* quoniam reus etiam confiteri posit. Sed rectius Guilielmi sententiam contrariam probat *Salicetus in d l.3.nu.2* quoniam hæc confessio tantum est ficta, & præsumitur actor itidem peieraturus, ne incidat in pœnam calumniæ, & talionis, & iuramentum vim habet probationis, quæ in criminalibus perspicua & certa requiritur *l.3.C.de probation.* & alias confessio ficta plus operaretur quam vera, cum post iuramentum nihil amplius quæratur, sed contra propriam confessionem reus venire posit. A iudice non posse deferri iuramentum suppletoriū, (nam iuramenti purgationis alia ratio est) omnes concludunt, tum quia hæ causæ grauissimæ sunt, tum quia probationes certissimæ requirātur Plane si ex causa delicti ciuiliter agatur, loc' erit & huic & aliis iuramenti speciebus, quæ verissima fuit Iaco. de Rauenna distinctio, relata *à Cyn. in d.l.3.*

Intellige cum ad publicam vindictam.] Vitiosa hæc limitatio est: quoniam in omnibus criminalibus causis vindicta publica spectatur: aut si iudicia publica intelligit, falsa efficietur sententia, quod in priuatis extraordinariis criminibus iuramentum deferri possit.

Neque deferri potest in eo casu.] Negat hoc casu deferri posse vbi æquales sunt probationes, contra & Dd. sententiæ, qui hoc casu iuramento huic locum non denegant. & rationi aduersatur, vbi sc. probationes non sunt plenæ. Neque enim, quoniam probationes actoris dubium faciunt iudicis animum, protinus absoluendus erit reus quod male ex *l.125.de reg.iur.& l.38.de re iudic.* probare conatur Tr. quarum illa generalissima de fauore rei, hæc non de probationibus, sed sententiis æqualibus loquitur. Non obstat etiam, quod res non videatur habere exitum: vel quia in dubio potius iuramentum deferri debet reo, vel quia eo respectu æquales probationes esse possunt, quod v.c. vtrinque vnus testis productus est, vt nihil tamen impediat, iudicem in alteram partem magis inclinare: quin & alio modo probationes dici possunt æquales, si cum imbecillioribus motus iudicis propter honestatem personæ, vel alias circumstantias concurrat, cum aliàs etiam iudicis sit æstimare quantum probatum sit *l.3.§.2.de testib. Sichard.ad Rubric.C.d probation.* & est in hanc rem illustre exemplum apud *Gellium lib.14.c.2.* quibus adde not.inf.p.2.disſ.4.th 8.

LIT. B.

Etiam non petitum.] Vera hæc sententia est, quia iudicis est exigere probationes vlteriores: potest autem peti vel indefinite vel expresse, vt sibi deferatur, quod recte docet *Salicet.inf lib.3.C.h.titul.*

LIT. C.

Etiam post conclusionem] Nimirum potest ad hoc iuramentum se offerre reus, potest etiam iudex

iudex vltro deferre. Hoc proculdubio etiam post conclusionem in causa, rescissa ea ex officio fieri potest, *Gail. obseru. 108 nu 5.* illud magis est fieri non posse, cum sit supplementũ, adeo pars vel species probationis. De quo scilicet casu loquuntur citati pro diss. *Bart. Marant. & Mynsing. Gail. 1. obseru. 108. n. 1.* vbi hanc opinionem communem & receptam testatur, quos sequor contra *Tr. & Salic* à Tr. *citatum in l. 3. C. hoc tit num. 9.* vbi defendit, quod etiam à parte post conclusionem in causa iuramentum istud iure peti possit.

Defertur autem modo actori.] Etiam reo hoc iuramentum recte deferri Dd. admittunt *Odofred. in l. 3. C. h. t. Cyn. ibid n. 9. Salicet. 24 Bart. in l. 31. h. t. n. 57. Fachin. 1. controu* 18. vbi videlicet, vel probationum æqualitas vel personæ qualitas hoc suadet, de quo prolixe Salicet. lo. cit. idque esse videtur, quod ait Tr. deferri reo, cum pares sint probationes: in quo tamen sibi contradicere videtur lit. A. in F. vbi negat huic iuramento locum, cum ab vtraque parte æque probatum est. Quod autem sequitur apud Tr. *& reus aliquid præstiterit*, vel pro explicatione præcedentis accipiendum, vel pro, *&*, legendum est, *aut:* quoniam licet pares probationes non sint, ex causa tamen reo deferri potest: cum multi ex priscis Dd. quos refert *Salicet. d. l. 3. C. h. t num. 14* etiam reo qui nihil probauit, iuramentum se non debere, à iudice deferri voluerint: vt proinde hoc iuramentum non recte simpliciter suppletoriũ appelletur. Illa quoque apud Tr. non bona oppositio est: *defertur actori si semiplene probauerit, reo autem si pares sint probationes.* vel quia etiam semiplenæ probationes pares esse possunt, vel quia etiam reus exceptionem suam semiplene probare potest: quo casu proculdubio ipsi, vtcunque pares probationes non sint, iuramẽtum hoc deferetur. Quinimo ex sententia *Cyn. in l. 3. C h. tit. n* 10 *& Salicet ibid. nu.* 16. etiamsi actor plene probauerit, nihilominus tamen reo, qui exceptionem suam probauit semiplene iuramentum hoc deferendum est: vt proinde male tanquam pro regula ponatur, deferri reo, vbi pares sint probationes.

LIT. D.

Nec referri nec remitti potest.] Posterius siquidem est: sed prius dubium redditur ex constitu: *I. Iustin. in leg generaliter 12. Codic. h. tit.* vbi expresse statuitur, siue à partibus iudice approbãte, siue ab ipso iudice fuerit iuramentum illatum, illud aut præstandum aut referendum esse, vix enim ac ne vix quidem quod ibi de relatione dicitur, ad iuramentum à parte delatum restringere, & ita membra distinguere possis, vt prædicta illa duo *præstare referri*, non ad vtrumque iuramentum, sed ad alterutrum referantur. Vix etiam tentare possis totum illum locum nõ de necessario, sed de iudiciali iuramento accipiendum esse, & de eo casu, cum iudex quasi arbiter iuramenti præstandi autor est, non autem præcise iurandi necessitatem imponit. Videri possis interesse an iudex deferat iuramentũ ad supplendas probationes alterius, an vero in casu æqualium probationum, vt hoc demum casu relationis quædam species locum habeat, & parti in alteram partem iuramentum reiiciendi sit facultas. Cæteroquin ex ratione iuris illi qui detulit, referri iuramentum dicitur, & videatur aliàs hoc iniquum, quod qui non detulit, relatum sibi recusare non possit, neque facultatem referendi habeat, cum ipse delationis non fuerit autor.

LIT. E.

Proponitur hic speciale huic iuramento, vt propter noua instrumẽta reperta retractari atque ita retractata simul sententia iudicis periurium argui possit: quia sententia non ex veris sed fictis probationibus ex iuramento, quod citra voluntatem & consensum partis alterius interuenit, lata est. Negat autem Tr. an retractetur citra restitutionem in integrum: sed male pro se citat Iasonem, qui lectura prima *in d. l. admonend. col. 4. in princ.* communem quidem eam sententiam affirmat, sed ipse diserte contrarium probat, duplici ratione, 1. quod aliàs nihil hic esset speciale, cum quæuis sententia propter instrumenta iustà ignorata & postea reperta beneficio restitutionis in integrum retractari possit, de quo alibi agemus. 2. quod in hac specie sententia lata sit ex probationibus priuilegiatis & fictis: vnde rationem differentiæ petit *ad leg. diuus 33. d. re iud. & l. 2. Codic. si ex falsis instrum.* vbi putat, restitutione esse opus, quod probationes per testes & instrumenta, licet in indiuiduo fallæ, per se tamen veræ sint probationes: quamuis verba *d. l. 33 in integrum restitue,* non necessario inferant speciali illo beneficio restitutionis opus esse, sed explicationem commodam recipiant *ex l. 2. si ex falsis instr.* vbi dicitur ex integro causa audiri: ita vt v. c. absoluto reo pristina actione liceat experiri, & exceptio rei iudicatæ replicatione falsarum

proba-

probationum elidatur. Et hæc ipsa tamen restitutionis quædam species videri possit quoniam ipso iure sententiam firmam esse dubitandum, non puto, iuxta notata supra disp. 7. th. ult lit. C. Cæteroquin iniuriam videtur facere Cuiacio, quem allegat pro diss. qui 8. obs. c. 35. hoc tantum dicit, super retractatione sententiæ non opus esse adito principe, sicut opus sit, eo adito ex causa retractandi iuramenti voluntarii & iudicialis, quod sane verissime dicitur.

An autem à sententia.] Quærit hic Tr. an à sententia iudicis iuramento causam decidentis liceat appellare. Vbi abusiue loquitur, quia causam non decidit iuramentum, sed sententia, quæ fertur secundum iurantem. Cæterum illud vitiosum est, quod cum tota hæc th. agat de iuramento necessario, & hac ipsa quoque litera, hæc tamen quæstio ad illud iuramentum nullo modo pertinet, (quod ex allegatis apparet, & ratio suadet, siquidem a sententia quæ sequitur iuramentum necessarium proculdubio appellare licet) sed ad iudiciale, quod pars parti in iudicio defert. Sed & hic nimis generaliter formata quæstio est: quia illud quidem constat, eum appellare non posse, qui iuramentum detulit, sed de eo, qui retulit, solo quæstio formanda erat. Et cum in dubio semper appellatio licita sit, hac in re sententia Cyn. affirmatiua contra Tr. defendi potest: quia deferre quidem volūtatis, sed referre necessitatis est: & licet potuisset non referre, & ita condemnatus appellare, ea tamen species quædam contumaciæ est, & vtiq; principium iurandi ab ipso non processit: Licet pro Treutl. moueat, quod iuxta supra tradita, præcisa hic necessitas non est, sed quam suscipiendo onus probationis liceat euitare: vbi tamen replicari potest, quod v c. reus nec in se suscipere probandi onus tenetur, & raro facultatem probandi habet.

Lit. F.

Ait hac lit. quod ad hæc iuramenta præstāda euocatus ipse comparere debeat. Vbi primo nō satis liquet, quænam iuramenta intelligat, an etiam iuramentum calumniæ vel veritatis dicēdæ, &c. an tantum iuramenta decisoria. Deinde ambigua propositio est, an ipse, quem res concernit necessario hæc præstare in persona debeat, an in casu speciali ex causa hoc facere teneatur: ex quibus falsum est, quia etiā iuramentum à procuratore præstitū principali prodest, hoc admitti potest, citra tamē præcisam necessitatem, quam Tr. requirere videtur euocationis, cum etiam extra locum iudicii, & vbi quis degit iuramentū præstare possit *l. 12. § 4. C h tit.* Nisi fortassis hoc ipsum significare voluit Tr limitatione seq. *nisi necessitate prohibeatur.* de qua tamen explicatione dubitare potest, vel quia *in d l. 12. § 4.* arbitrio iudicis hoc permittitur citra aliquā mentionē necessitatis, vel quia aliàs esset tautologia, & idē diceretur quod in limitatione sequenti, *vel veniendi necessitas iure remittatur:* quæ scil. verba eo pertinent arg citat *l. 3. §. vlt. de testib* vt vel euocetur aliquis, vel in loco domicilij iuret. Cæteroquin illa limitatio, *nisi necessitate impediatur*, hunc sensum habere videtur, vt in casu necessitatis per aliū iurari possit: quod vix admiserim, cū ita inferatur iniqua cōditio deferenti, siquidem multum interest, quæ persona iuret. *arg. d l. 12. in pr. C h. tit.* Sed magis videtur illa limitatio præpostero loco posita sit, & pertineat ad lit. seq qua dicitur, non comparentē incidere in pœnā, arg. citat. *l. 2. si quis caut.* licet reuera vix hic subsit ratio differentiæ, quia incidit in pœnam non iurantis, qui iuramētum suscipere vel referre detrectat, quod de necessitate impedito dici non potest: in quo alia ratio est eius, qui certo die se stiturum promisit, & qui ipso quidem iure in pœnam incidit, sed defenditur exceptione iuxta *d. l. 2. si quis caution.*

Lit. G.

Ait hic non comparentem incidere in pœnā. Rectius dixisset, *iurare recusantem.* Accipiēdum autem hoc est de iudiciali iuramento, de quo *in l. 12. C. h. t* voluntarii siue extraiudicialis diuersa ratio est, licet de hoc etiam textus à Tr. citati loquantur, ad quod hactenus saltem accommodari potest hæc pœna, si pars præsens sit, non etiam, de quo tamen casu sit, tractatur, si absens sit, & quidem ad illam speciem, quæ in iure apud prætorem defertur: quo etiam tantum pertinere potest, quod hic traditur de actionis denegatione, siquidem post litem contestatam nō actio denegari, sed reus absolui dicitur, quomodo ex aduerso, quod de absolutione proponitur tantum pertinet ad iudiciale, quia ex causa extra iudicialis specialis actio & exceptio acquiritur: & hæc adeo non confusim, sed distinctim proponenda, & singula singulis speciebus applicanda erant. Quod idem vitium notari potest in eo, quod sequitur, reum competentibus remediis ad soluendum compelli debere: quoniam in iudiciali iuramento prius est, vt reus condemnetur *l. 34. §. 9. h. tit.* in extraiudiciali autem reus pro confesso habetur, & recta à præ-

à prætore solui cogitur *d. l. 34. §. sexto hoc tit.* Sequitur statim apud Treutl. *sed si iudex datus non facit, & lite contestata iudicium apud eum postulabitur.* Vbi alia quæstio mouetur, quis absoluere aut condemnare, aut quod proxime præcedit, ad soluendum cogere debeat. Quoniam autem omnino absurde dicitur, lite contestata apud iudicem datum, iudicium postulari, ideo legẽdum erit, pro, *iudicium, iuramentum* Est alioquin idem hic vitium iam notatum: & scilicet vt quis rectà soluere cogatur, in iuramento tantũ extraiudiciali obtinet, adeoque ad iudicem pedaneũ nihil pertinet: cæterum in iudiciali ita ius est, vt iudex post illud sententiam ferat, executionem autem ex ratione iuris ciuilis faciat prætor *l. 15. in princip. d. rei iudic.* quem locum citat Tr. adeoque itidem diuersam quæstionem immiscet, & rem totam inuoluit & confundit.

Recusans in expensis damnandus est.] Vide de hac quæstione *A. Fab. decad. 19. error. 6. & 7. Setserum de iuram. lib. 4. c. 11.*

Qui si collegio] Simpliciter negat, in causa collegii vel vniuersitatis Syndicum iurare posse. Non satis bene: quia alio ita deferente proculdubio Syndicus rectè iurabit: siquidem etiã ex iuramento procuratoris serui vel filii, quibus id delatum fuit, aliis actio vel exceptio quæritur, iuxta supra tradita.

Secus autem hoc iure] Ait Saxon. liberum esse ante litem contestatam, si probationibus non fidat libellum ita mutare, vt rem totam conscientiæ aduersarii committat. At qui in hoc minime est mutare libellum, & iuri ciuili apprime conuenit, quo apud prætorem in iure rectà iuramentum deferri potest.

Ita vicissim reo] Illud hic dubium est, quod etiam iuri communi conuenire tradit, vt si probationibus vti malit, nec iurare nec referre iuramentum teneatur. Et in iuramento extraiudiciali perspicue falsum est, *per l. 34. §. sexto & leg. 38. hoc titul.* cum hic nondum de probando agatur: ad quam tamen speciem magis apta videntur hic à Treutl. tradita ex iure Saxon. cum disputet de casu litis nondum contestatæ: quoniam cum hodie ipsi magistratus iudicent, vix aliunde differentia iuramenti iudicialis & extraiudicialis, eius, quod olim in iure deferebatur, peti posse videtur. Plane in iudiciali facile hoc admisero, quod iuxta supra notata extraordinarium magis & irregulare esse videtur.

Imo etsi reus.] Vix admittendum puto, quod Treut. hic affirmat, reum cui iuramentum delatum fuit, & qui eo recusato viam probandi elegit, postquam in probationibus defecit ad iuramentum antea delatum regredi posse: propter textum *in l. 5. §. vltim. hoc t.* vbi traditur, eum qui non iurauit, neque iuramentum suscepit, sine noua delatione iurare non posse. Nisi forte hoc accipit de iure Saxo licet apud citatũ Rôn. c. p. 66. ea de re verbum nullum. Nec minus illud mihi suspectum est, quod vbi reus etiam viam probandi, elegit actorem ad probandum amplius admitti negat: quippe cum & ratio repugnet æqualitatis, & cum probationis post litem demum contestatam fiant, iure nostro ciuili in casu iudicialis iuramenti delati antequam illud præstitum est, ius reuocandi & ad viam probationis reuertendi integram esse actori, docet *l. 11. C. h. t.*

Illud vniuersaliter verum.] Affirmat in genere, quod facultas iurandi transeat in hæredem. Nõ bene, vel quia vnus alio adiurandum procliuior est, vel quia ratione scientiæ plurimum inter defunctum interest, & hæredem, quod docet *l. 12. in pr. C. h. t.* itaque iniuria fieret deferenti si alterius iuramento stare cogatur. Et Mynsing. citat. loquitur in terminis, quibus per procuratorem iurari potest: in cæteris allegatis error est Typographi, quoniam hac de re *in l. vlt. h. tit.* in qua etiam nullus § incipit, hoc iudicium, nihil tradunt Dd *sed in l. vlt. §. hoc iudicium, ne quis eum qui in ius, &c* vbi tamen nihil est, apud Bart. & Castrens. Bald simpliciter post gloss. ait, quod facultas iurandi, quæ competiit defuncto, transeat in hæredes Sed Ias. ibidem plenius hanc rẽ tractat. & aliquot rationibus præpositionem illam impugnat, & tandem restringit ad iuramentum, à lege vel iudice delatum, si tamẽ hæres, eandem rei notitiam habeat, (& omnino periculosum est, quod de iuramento credulitatis à Treutl. proponitur.) Falsam autem eam propositionem affirmat in iuramento delato ab homine, quod hic certæ personæ spectauerit conscientiam, quæ non ead. sit in hærede. Illa alia quæstio est, quam etiam attingit Mynf. an mors sit loco iuramenti, id est, an si quis post iuramentum delatum & susceptum mortuus sit, illud pro præstito habeatur, quæ ex communi Dd sententia affirmat *Gail. 2. obseru. 43.* quod ego tamen partim ob malitiam hominum, partim propter mortem sæpe ex improuiso oblatam, simpliciter probare non possum.

THESIS XI.

LIT B.

Mala est oppositio in descriptione specierum in th. *quanti in litem*, & *quanti res est*: siquidem has species duas sub commune genus iurisiurandi in litem ipse refert, & lit. A communem notationem proponit, vt proinde etiam iuramētum quanti res est, oporteat esse in rem. Quin imo etiam per iuramentum quod affectionis dicitur, iuratur quanti res est, licet nō æstimatione cōmuni, sed iurantis: & necessum est quacunq; specie huius iurisiurandi res æstimetur, condemnationem fieri, quanti in litem iuratum est. Existimo autem appellationes illas *affectionis & veritatis*, quibus docendi causa Dd. vtuntur, commode retineri & defendi posse, siquidem in casu quo coercetur dolus & cōtumacia rei, quo in infinitum iurari posse ICti tradunt, constat indulgeri affectioni iurantis. Alterius speciei exemplū sumitur ex *l 5. § vlt. de in lit iurando*. vbi homo promissus post moram ante litem contestatam interiit. Qua in re subtilem agit *A. Fab. 16. coniect. c. 1. & 11. & decad. 17. error. 8.* vbi negat, hoc iuramentum dicendum esse veritatis, sed potius necessitatis, siquidem hanc rationem eius deferendi ibi reddit ICtus quod iudex aliter rem æstimare non posset. Scilicet constat in iudicio stricti iuris, vbi de re æstimanda quæritur, spectari tempus litis contestatæ. Et si igitur homo ex stipulatu debitus post moram, & ita perpetuatam obligationem ante litem contestatam decesserit, æstimatio vera ad tempus litis contestatæ, quo homo amplius non exstitit, à iudice fieri nequit: quæ necessitas hoc expressit, vt actori iusiurandum deferretur. Ex quo concludit Faber, nunquam iurari posse in litem, quin aliquo modo affectioni iurantis indulgeatur, & proinde simpliciter verum non erit, quod Treutler ait, hic æstimari rem, quanti reuera est. Quæ licet ita sint, attamen oppositiue ad alteram speciem, quod affectionis nuncupatur, hoc iuramentum veritatis non absurde dici potest, quoniam huic non dolus vel contumacia rei, sed solus interius rei debitæ post simplicem culpam vel moram locum facit, neque actorio pro libitu & in infinitum iurare permittitur.

Ius actoris in re petita.] Vt videlicet sit dominus, qui propter dolum & contumaciam rei inuitus re sua carere, & eam quasi vendere cogitur: ex quo probabilis fit eorum sententia, qui in actione ex empto in litem iurari negant Duar, *ti. d. in litem iurand. A. Fab. 6. coniect. 17.*

LIT C.

Quod deferre iudex cogitur.] Repugnat huic assertioni textus expressus *in l. 4. §. 2. d. in lit. iurand.* ibi, *qui possit iusiurandū no deferre, & in l 5. §. 1 eod.* ibi, *licuit enim & à primo nec deferre* Et deceptus videtur Tr. *l 4. §. 1 eod* vbi dicitur, quod iudicem hoc iuramētum deferre oporteat: quibus verbis hoc iuramentum opponitur voluntario & extraiudiciali, de quo tit præced.) & à parte defertur parti) & hoc significatur, si rite præstari debeat, à iudice, non à parte delatum esse oportere.

LIT. D.

Ait in Th. quod hoc iuramentum nulli deferri possit, nisi qui litem suo nomine contestatus est: & in exegesi subiicit, modo consentire possit. Quæ limitatio non necessaria est, quia non poterit non consentire, qui litem suo nomine est contestatus.

LIT. E.

Vnde nec mater pupilli.] Non satis animaduerto, quomodo in specie ad matrem pupilli inferat: neque illud satis bene, quod negat admitti matrem iurare paratam: quia prius est vt quæratur, an ex ratione iuris deferri possit hoc iuramentum, antequam de parato ad iurandum disputetur. Porro ex duabus subiectis limitationibus, posterior, *si tutorem suspectum postulauerit*, necessario præsupponit, quod in iudicio suspecti iurari possit in litem. Quod mihi dubium est, siquidem in accusatione suspecti de remouendo & puniendo tutore tractatur non de aliquo restituendo, quo demum casu de iuramento in litem disputari potest.

LIT. F.

Tutores tamen.] Consequens hoc est illi, quod iā de matre pupilli tutelā gerente dixerat lit. E.

Sed quid de muliere.] proponit hic quæstionē, an mulier ex ratione iuris Saxon. per procuratorem ad litem iuramentum delatum vel relatū præstare possit. Vbi omnino absurde occasione iuramenti in litem ad tractationem diuersissimam de curatore ad litem delabitur & insuper, quoniam in hac specie iuramenti nulli relationi locus est & iudex hoc tantum defert, præter omnes methodi leges, quæstionem de iudiciali & voluntario iuramento proponit. Cæterum non difficilis hæc quæstio videtur, quod siquidem pars ipsam mulierem iurare velit, eo quoque modo præstandum est: cæteroquin ipsi curatori delatum, & ab eo susceptum & præstitum,

tum, procul dubio proderit mulieri & ad agendum & ad accipiendum.

Interim non obstante] Affirmat Tr quod eiusmodi curator ad litem sine speciali etiam vxoris mandato iuramentum deferre possit. Quam sententiam falsam esse non dubito, cum hic curator tantum detur ad litem, adeoque longe minus iuris habeat, quam alius curator vel tutor, qui nisi deficientibus omnibus aliis probationibus iuramentum deferre non possunt: quin imò magis est, vt non curator, sed huius consensu minor iuramentum deferre debeat: idque hic quoque statuemus, vt mulier deferat consensu curatoris ad litem, cuius actionem remittendi, quod fit per delationem iuramenti, concessu non est.

THESIS XII.

LIT. A.

In actione ex empto non recipitur] Attingimus aliquid Thesi praeced. Aff sententiam, ꝙ etiam in hac actione in litem iuretur, communem esse testatur *Menoch cas.* 107 *num.* 28. vbi tamen ipse hoc in medio relinquit Sed pro negatiua faciunt hae rationes, primo, quod emptor non est dominus, imò agit contra dominum: ex quo differentiae ratio. inter actionem depositi commodati, &c, 2. quia actio empti natura sua est ad interesse, quibus casibus non pars, sed iudex interesse aestimat, quo pertinet *l.* 4. *C. d. action. empt. & in l.* 3. *de in litem iurand.* ex accidenti venit interesse. 3. quia in litem iuratur, vbi res aestimanda est, atqui res empta iam satis & ab ipsis contrahentibus aestimata est, & possit emptor esse suspectus, rem aestimans maioris, quam in contractu aestimata fuit: quanti autem interest, rem traditam non esse, ad iudicem aestimare pertinet. 4. quia iuramento huic tantum locus esse videtur, vbi de re, quae à me ad alium peruenit, agitur restituenda.

LIT. E

In strictis iudiciis non item.] Ratio desumi potest ex praecedentibus, quia in his agit qui dominus non est. Quod autem subiicit, distinctas esse arbitrarias actiones à stricti iuris actionibus, vt ab hoc loco alienissimam hic attingendum non est.

Nec excludimus latam culpam.) Pendet hoc ab aequiparatione huius culpae cum dolo passim iure nostro tradita. Et existimabam quidem aliquando exaequationem istam tantum habere locum, vbi de simplici praestatione eius quod interest, vel nobis abest, tractatur: sed video latius illam aequiparationem porrigi, & etiam in casu actionis poenalis dupli locum habere. *l.* 1. *§ non alias.* 2. *si is qui test liber esse, &c.*

Iuramentum à defuncto) Error hic typographi est, & expuncta particula a legendum est, *iuramentum defuncto dum viueret oblatum, sed non praestitum, haeredibus deferri opus non est.* Quae verba. si accipiantur prout iacent, hoc significare videntur, quod facultas iurandi citra nouam delationem transeat in haeredes: quod iam supra *ad th.* 10. *inf.* refutatum est. Sed ex allegato Gail. hoc Tr. dicere velle apparet, quod iuramentum susceptum, (proinde non recte, delati tantū facit mentionem Tr) si mors praeueniat praestationem, pro praestita habeatur, ita vt simpliciter secundum haeredes sit pronunciandum Sententiam eam *ad d th* 10. in dubium vocauimus, & ea tamen admissa, male hoc iuramentum in litem accommodatur, cum ex ratione adducta ad Gail. quod nemo praesumatur immemor aeternae salutis, hoc sit generale, & ut generale proponatur *à Gail. d loc & Mynf.* 1. *obs.* 13. cum etiam in iuramento in litem non nisi in casu rationi praefinitae à iudice certae quantitatis, locum habere possit: quod, alias cum ignoretur, quanti defunctus fuisset res aestimaturus, iuramentum pro praestito nullo modo haberi possit. Caeterū praeter ea, quae *ad th. praeced* 10. contra hanc sententiam in genere acceptam notauimus, illud insuper mouet, ꝙ nō ex suscepto, sed ex praestito iuramēto actio & exceptio nascitur & quod etiam eum qui suscepit, antequam praestetur, poenitere potest; & quidem ex sententia Tr. in iudiciali, & magis etiam necessario si iurare velit, omnimodo autem in iuramento ad litem si actor communi aestimatione velit esse contentus: ex quo etiam responderi potest ad rationem Gail. quod nemo praesumatur mori velle in peccato: quae etiam aliàs non concludit, quod ita non minus secundum eum, qui ante sententiam decessit, fuerit pronunciandum, & hoc vtrique sufficere non potest, vt reus causā amittat; quin imo reo iniuria fiet, si contra conuentionem & non praestito iuxta delationem iuramento, ipse causa cadat. Et facit huc etiam *l.* 12. *in pr, C h tit.* ex qua non obscure probatur, haeredem ne volentem quidem iuramentum defuncto delatum & ab hoc susceptum sine noua delatione praestare posse; ideoque multo minus susceptum pro praestito habetur.

LIT. G.

In rebus certam æstimationem non habentibus.] Nō satis intelligo, quodnam genus rerum hinc excludat, siquidem excepta pecunia numerata nulla res est, quæ perpetuo certam habeat æstimationem: quod si intelligit res, quæ communem habent æstimationem, nimis & contra iura hoc iuramentum restringet: plane in omnibus rebus, in quas affectio cadere potest, aliis requisitis positis, huic iuramento locum esse, recte statuemus.

In actione ex edicto.] Explicandum hoc est ex *l. 5. §. 1. ne quis eum qui in ius &c.* vbi docet ICtus, quod actione illa in factum non contineatur, quāti res est, sed quanti ab actore æstimata est, videlicet, vt recte ibi notat gloss. per iuramentum, quo semper opus est, vbi ab ipsa parte res venit æstimanda.

De Iure Saxon.] iuramentum illud, de quo *in l. 9 C. vnde vi.* affinitatem quidem habet cum hoc iuramento in litem, sed hactenus diuersum, quod non tam indulgetur affectioni ratione rei certæ, quam ratione rerum plurium, quas sibi ereptas & damnorum datorum quæ sibi illata esse actor contendit. Illud non satis capio, quāobrem dicat, notandum esse hanc regulam generalem, quod aduersarius contracto iuramento possit diminuere quantitatem iuramento taxatam, cum tamen ipse hoc referat ad speciale iuramentum, de quo *in l 9. C. vnde vi.* & Pistorium ita restringentem probet. Sicut & illud non satis capio, quod iuramentum hoc non ad damnum, sed proprie ad res non extantes pertinere ait, cum tamen & summa ratio suadeat, damnorum quoq; habere rationem, & nominatim de damnis etiam constitutio *d. l. 9.* loquatur.

THESIS XIII.

LIT. A.

An omnibus iudiciis.] Obscurum & ambiguum hoc est quo sensu iuramentum veritatis in omnibus iudiciis interponi dicat. Equidem in iis iudiciis, in quibus iudicis est rem æstimare, non potest huic iuramento locus esse. Deinde si quærimus de natura huius iurisiurandi, quatenus iuxta supra tradita necessitatis est, neque affectioni indulgetur, illud tantum locum haberi in iudiciis strictis, & nec his quidem semper, sed vt est in *l. 1. §. vlt. h. t.* interdum cæteroquin illud expeditum, est, quæ etiam in bonæ fidei & arbitrariis iudiciis, licet contumacia rei interueniat, actor iure suo non vti, & simplici æstimatione rei contentus esse possit.

LIT. D.

Retractari ob periurium potest.] Dubiam hanc sententiam facit, quæ in iure nostro pro regula traditur, prætextu periurii causam decisam iuramento retractari non debere. Quod si iuramentum super principali præstitum non retractatur, multo minus retractabitur, quod super nuda æstimatione præstitū est. Licet enim hoc differentiam faciat, quod multum intersit, an ex conuentione partium, an à iudice iuramentum deferatur: attamen ex aduerso facit, quod cum iuramentum hoc sit necessitatis, & super vera æstimatione rei præstitum, magnopere pars aduersa læsa esse non possit: eaque sententia est *l. vlt. d. in l. iurand.* non facile hoc casu quæri de periurio eius qui ex necessitate iuris in litem iurauit: quæ verba à contrario sensu arg. præbent, facilius tractari posse iuramentum affectionis: quod tamen male negat hac ipsa Tr. Enim verò idoneam differentiæ rationem non animaduerto, quin facilius debet de periurio quæri eius, qui ex affectione sua rē nimio probasse æstimari potest: licet hæc ratio sit, quod coerceatur ita dolus rei, citra quem iuramentum veritatis deferri potest.

Intellige hoc totum.] Quod de retractione iuramenti veritatis dixerat, ita limitat, modo reus de priuato damno laboret. Quæ limitatio nulla esse videtur, quia fieri nō potest, ne reus de priuato damno laboret: cum ex alia causa retractatio peti nequeat, nisi quæ actor æstimatione sua verū rei pretium; vltra quam par erat, excessit.

Licet ex magna causa.] Ait iudicem post delatum & præstitum iuramentum posse reum minoris condemnare, aut prorsus absoluere ex magna causa, & postea repertis probationibus, quod licet ita tradatur in *l 4. §. 4 d. in lit. iurand.* dubio tamen non caret, siquidem propter dolum & contumaciam rei in litem iuratur, in cuius pœnam indulgetur actori, vt etiam iuret in infinitum: vt proinde non appareat satis, quænā illæ sint causæ & probationes, ob quas retractetur hoc iuramentum cui retractationi refragatur ratio iuris, vtcunque duplo amplius rem æstimauerit actor. Cæterū si hoc admittimus, nihil video, quo minus eo quoque casu obtinere debeat contra Treutler. quo, præcedente taxatione iudicis iuratum est: cum lapsus ille vel error iudicis non debeat nocere reo, & nec quidem impedire possit, quo minus ex magna causa & ob probationes contrarias idem quod

in casu

in casu præcedenti obseruetur. Nec obstat *l. 9. C. vnde vi*, vel quia statutum in casu speciali extendi non debeat: vel quia regula non tollit exceptionem, quæ *in d. l. §. 4.* de in litem iurando proponitur. Cæterum totum illud quod *in 4.* tum de retractatione, tum de taxatione iudiciis proponitur, non immerito ad rationem iuris antiqui est *Ant. Fabro decis. 18. err. 9. & 16. coniect. 17. & in lib. 18. in pr. d dol. mal.*

Vbi ait post iusiurandum.] Proponit hic ex Pacio de iuramento præstito super impensis. Verum non satis animaduerto, quomodo istud iuramentum huc pertineat, quod vtique in litem dici non potest, & cum eo iuramento, de quo agitur, & quod ipsa introduxit necessitas, male coniungitur & confunditur.

Ad.

DISPUTATIO. XXII.

DE CONDICTIONIBVS EX PROMVTVO.

THESIS. I.

LIT. A.

PRroponit initio in exegesi, quod condictio hæc tam ex proprio, quam ex improprio contractu competat. Vbi argum. eorum quæ tradit lit. C. th. 2. per improprium contractum videtur intelligere contractũ innominatũ: minus recte, quia hic contractus proprius est, & improprii dicẽdi sunt, quasi contractus. Verũ vtcunq; hic accipiatur, non recte dicitur oriri has condictiones tam ex proprio &c. quoniã reuera ex quasi contractu sunt. Licet enim aliquãdo ex causa nominati etiam cõtractus condictioni eiusmodi locus sit, vt in specie *l. 15. §. 6. Locati* ea tamen non descendit recta ex ipso cõtractu, sed ex tacita aliqua cõuẽtione, quæ propter naturam contractus inesse videtur. Et quod condictio causa data, de qua in *d. §. 6* tractatur, ex contractu nominato non descendat, inde perspicuum fit, quod ista condictio datur ex capite pœnitentiæ & cassationis, ex capite autem neutro agi potest in contractibus nominatis, in quibus nec locus est pœnitentiæ, & si ex altera parte conuentis non stetur, non repetitur quod datum est, sed ad implendum contractum agitur. Cæterum de vera causa huius condictionis, agemus th. 2. lit. C.

Eam generalem vocat.] Et subiicit rationem, quod ex omnibus contractibus generalem promittat actionem. Quod inconcinne dicitur, cõdictionem promittere actionem: neque satis vere, per paulo ante notata. Cæterum de condictione generali & speciali actum est disput. 20. thes. 10.

LIT. B. & C.

Instituit hic comparationem condictionis ex indebito & mutuo, ita vt indebitum in genere sumat, quatenus omnes species sequentes comprehendet, vt patet ex notatis lit. C. Non recte, quia v. c. quod tanquam ex turpi causa, aut propter causam datum condicitur, cum mutuo vix ac ne vix quidem comparari posse videtur: vt proinde titulus, quem huic disputationi præscripsit Tr. de condictionibus ex promutuo, probandus minime videtur, & ipse Cuiac. mutuum cum indebito in specie sumpto cõparat, & quidem ita demum, si solutæ fuerint res, quorum datione in creditum itur. Qua de causa minus recte Tr. lit. C. comparatiue loquitur *eoque magis si res fungibilis, &c.* quia nisi eiusmodi res solutæ proponuntur, vix admittenda est comparatio cum mutuo. Et illa sane omnino cum mica salis accipienda est, & hactenus vt *Ias. ait in addit. ad per c. in §. 1. I. quibus mod. re contr. obl.* quo ad substantiam obligationis & effectum ex actionis: quod perinde atqui mutuum accepit, ita qui indebitum accepit, errore probato rem cuius dominus factus est, cogitur restituere, cæteroquin lata est inter hæc differentia.

LIT. E.

Quam hic pro fine.] In hac condictione causa non recte accipitur, pro fine & conditione: quia cum conditio omnis sit vel resolutiua vel suspẽsiua, neutrum huc accommodari potest: & vix hæc simul consistere possunt, vt sit finis simul & conditio: Et significatur omnino hic causa finalis. Cui non obstat *l. 52. l. 65. §. 3. d. condict. indebit. l. 13. d condit. & demonstrat.* Quia respondeo 1. verbum, *causa*, sumi & in specie, quommodo in præteritum refertur, & in genere, quo sensu idem est ob rem dare, & ob causam dare. *arg. l. 52. d. condict. indeb. 2.* vbi agitur de condictione indebiti, causam accipi de præterito, quia solutio fit ex causa præcedenti, quomodo & in legatis, cum refertur inter ea, quæ legatis adiiciuntur *§. longe magis 31. Inst. d. legat.* Et huic conuenit, quod ipse Treutl. hac lit. E. in pr. hoc ita explicat, *si detur vt aliquid fiat.* Vbi quod statim sequitur, à Bald. & Ias. hoc etiam ad causam præterit extend-

extendi, obscurum videtur, ita vt autores illi non rectè à Treutl. accepti videantur. Nimirum *Bald. in l. si procuratori 14. d. condict. caus. dat. column. 4. in principio.* notandum esse ait, quod illa causa dicitur de futuro, quæ habet in sui esse pendentiam, non quæ est de præsenti: quod ita accipit *Iason, in l. 1. h. t.* ad quod vt datum ob causam repeti possit, requiri, vt illa causa habeat dependentiam talem de futuro, quæ de præsenti non possit impleri. Vbi tamen Ias. hanc sententiam improbat, *per d. l. 1. h. t.* in cuius specie causa talis sit, quæ statim posset impleri, videlicet vt quis esset hæres. Verũ hic interest, an detur aliquid vt accipiẽs aliquid faciat, an vt dãs aliquid facere possit. Illo casu causam talẽ esse oportet, quæ futurum respiciat, licet statim postquam res data est, impleri possit, veluti si dem decẽ Titio, vt adeat hereditatem. Hic autem casus proponitur *in l. 1. §. 1. h. t.* si institutus sim sub conditione dandi decẽ Titio: & hic hactenus eadẽ ratio est, vt causa propter quam datur, respiciat futurum, possit tamen re data statim impleri. Et ex his explicandum est, quod statim sequitur apud Tr. nihil interesse, an causa pendeat ex voluntate dantis necne: quoniam hoc pertinet ad casum istum posteriorem, vbi datur, vt ipse dans aliquid facere possit: aliàs impletio non potest dici pendere à voluntate dantis, nisi quatenus hic præuertendo & pœnitendo efficere potest, ne alter implere queat. Quod autem de scelere dantis dicitur, sumptum videtur *ex l. 2. h. t.* & ita ius est, vt qui in specie iam dicta implendæ conditionis causa, sub qua legatum accepit, aliquid dedit, duobus casibus repetere possit, si legatum vltro repudiet, & si, vt maxime velit legatum petere non possit *argument. l. 6. 5. §. 3. d. condict. indeb. l. 1. §. 1. cum l. seq. d. condict. caus. dat.* cui posteriori casui additur exceptio *d. l. 2.* nisi ipsius dantis culpa factum sit, vt testamentum rueret, & ita legatum peti non posset.

Quod si impossibilis.] Quæ si potius debebat, de causa impossibili. Distinguit autem Treutl. an sit impossibilis de iure an facto. Illo casu cessare condictionem, quia sit turpis causa. Quod ita limitandum, si talis sit natura sua ex se & semper: secus si res per se licita personæ alicuius respectu prohibita sit veluti exercere procurationem, quod quia per se licitum, & in milite saltem prohibitum, condictioni locus est *l. 5. Codic. d. condict. ob causam.* Hoc casu vbi de facto impossibilis est, subdistinguit Treutler. an dans sciuerit impossibilem esse, & per modum causæ vel modi dederit, an vero vt conditionem adiecerit, illo casu cessare condictionem, hoc verò condictioni locum esse. Prius illud liquidum est, posterius dubium: primo non rectè adhuc accommodetur, si per modum conditionis hoc factum proponas, veluti do tibi centum, si cœlum digito attigeris. Quo casu siquidem ex conditionis natura hoc diiudicamus dominium rei translatum non est, sed ipsa datio quasi pendet, sicut de mutuo sub conditione dato responsum est *in l. 8. d. reb. cred.* existente conditione nasci obligationem: adeoque deficiente nulla obligatio erit: & porro cum deficere conditionem hic constet, dominio non transeunte in accipientem, nulla condictio, sed rei vindicatio erit. Atquin non videtur hæc res ad naturam aliarum conditionum æstimari posse: quia conditio quam certum est non exstituram, actum suspendere non potest: eoque fiet, vt datio habeatur pro pura, & qui dedit, cum ignorare non possit rei impossibilitatem, donasse censeatur, neque aliud erit, si quis alteri dederit, *vt digito cælum contingeret*: qua de causa contra Treu. condictionem non admittam; & frustra adducitur *l. 5. C. d. condict. ob caus.* vbi tractatur de causa quæ non facto impossibilis, sed iure & quidem tantum ratione personæ prohibita est, veluti, vt miles sit procurator. In cæteris quoque allegatis impingit Treutl. nam & *l. 8. h. tit. in pr.* non rectè videtur restringi ad casum, vbi conditio impossibilis per modum causæ adiecta est, cum textus generaliter loquatur, & gloss. *in dict. l. 5.* tractat de conditione, quæ de iure non facto impossibilis est, in qua alias constat condictioni locum esse. Cæterum *Bart. in ead. leg. 5.* nihil habet pro Treutl. sed in *l. 8.* distinguit, & quidem circa conditionem de iure respectu personæ impossibilem, an scienter an ignoranter datum sit. Et illo casu an per modum causæ, vt tum non detur condictio, an sub forma conditionis.

LIT. F.

Ex contractu innominato.] Ita quidem vulgo tradi solet, condictionem causa data esse ex cõtractu innominato, do vt des, vel do vt facias. Verum subtiliter loquendo ex ipso hoc contractu recta descendere non potest, tum quia tendit ad eius dissolutionem, tum quia datur præter illud, quod in conuentionem expresse deductum est, videlicet vt detur vel vt fiat: quod ipsum non obscure docet ICtus *in leg. 5. §. 1. d. pra-*

sciuit

præscriptis verbis. vbi ait, in actione contractus ipsius non venire, vt reddatur quod datum est, sed vt interesse præstetur. Et ita nimirum res habet, vt quemadmodum in solutione indebiti, de quo infra thes. 4. ita in datione hac duo agantur, alterum expresse, vt aliquid detur vel fiat, quod constituit contractum verum, alterum tacite, vt si non fiat, de quo conuentum est, rem liceat repetere, quæ tacita conuentio quasi contractum constituit, ex quo hæc condictio descendit.

Quod de datis dicitur.] Ait quod receptum est, vt data condicantur, idem vtilitatis gratia, & benigna iuris interpretatione receptum esse in cautione, vt liberatio condicatur. Sed non video, cur hoc tribuatur æquitati, & quænam illa lex sit, quæ benigne explicetur: quia existimo condictionem illam datorum non ex lege aliqua: sed disputation ICtorum introductam esse: aut non minus condictio cautionis quam rei erit ex lege, quia regulare est, vt condictio tanquam genus diuidatur in certi & in incerti: quarum specierum idem ius & ead. ratio esse videtur.

Item in acceptilatione.] Distinguit ita, si acceptolatum sit ob causam, an debitum fuerit purum, an in diem vt illo casu ipsa pecunia repetatur, hoc verò obligatio, vt debitor in pristinam obligationem reponatur: quæ distinctio est *gl. & Bart. in l. 4. h. t.* quam facile admitto in mêbro posteriori, sed in priori vbi debitũ purũ est, vix putarim negari posse, quin etiã ipso iure obligationis condictio competat, quod videtur probare *ex d. l. 4.* quam ipse Accurs. & Bart. accipiunt de cond. incerti obligationis vel liberationis, & tamen contra generalitatem verborum ad condictionem in casu debiti conditionalis, siue in diem restringunt. Et adeo dixerim, in arbitrio fuisse acceptum ferentis, etiam in casu debiti puri, vel condictione incerti experiri, vel omissis ambagibus, condictione certi, quod accepto latum fuit repetere, ex ratione *l. 10. h. t.* facit *l. 9 §. 7. quod met. caus.* ibi, *nisi vel soluatur, vel restituta obligatione iudicium accipiatur.*

L i t. G.

Differt ergo] Præcipua differentia est, paulo ante notata, à causa efficiente, quod condictio ex quasi contractu actio præscriptis verbis ex vero contractu descendit.

THESIS II.

L i t. A.

Repetimus autem.] Duo sunt capita, ex quibus hæc condictio datur, alterum ex parte debitoris, cessatio, alterum ex parte creditoris, pœnitentia.

Vnde si ob casum fortuitum.] Affirmat indistincte Treutl. si casus fortuitus impediat causam impleri, condictionem cessare: per *leg. penult. C. h. t.* (vbi Pacius variis variorum casuum distinctionib. rem magis confundit quam explicat.) *lib. 5. in pr. h. t* ibi, *& cum per te non steterit l. 8. C. eod.* ibi, *cum posset non paruit l. 3. §. 3. eod.* vbi traditur pecunia data, vt seruus intra certum tempus manumittatur, seruo ante id tempus defuncto cessare repetitionem: & facit quod nihil hic imputari potest debitori, qua in re causa differt à conditione *l. 4. C. h. d. condict. infert.* Quæ licet ita sint alii textus tamen alii vocant, & *Donell. 14. comment. 21.* directo contrarius, etiamsi casus fortuitus interueniat, repetitioni locum esse putat. 1. quia liceat pœnitere, 2. quia absurdum videtur, eum, qui quid dedit re sua carere, nec tamen illud, de quo conuenit fieri: Nihil autem interesse videtur, an illud sine culpa siue casu non sequatur: Neque enim æquum est, cum qui sub illa conditione dedit versari in damno. 3. *per l. vltim. d. condict. caus. dat.* quæ condictionẽ pecuniæ, datæ, vt Stichus daretur, mortuo Sticho concedit. 4. *per l. 5. § pen. eod.* vbi condictioni locus est, si seruus fugerit, ob quem manumittendum pecunia accepta fuit. 5. Adducit Donel. *l. 1. & 5. C. d. condict. ob caus. l. 15. § item cum 6. D. locat.* variæ distinctiones hic adhibentur & *Cynus cum gloss. in l. 5. h. tit.* quæ plenius distinguit *in l. ex cond. 15. §. Item cum quidam. Locati Br. & Bl. in d. l. 5. in pr. in l pen. C. h. t.* distinguit, an casus fortuitus contingat in persona dantis, ad quem casum refert *dict. l. pen.* an in persona accipientis, quo casu condici posse putat: verum apparet, hanc distinctionem omnibus textibus accommodari non posse. Dici i potest interesse, an causa, ob quam datum est in facto consistat & quidem tali, quã magis causa tertii ~~quam dantis~~ sit adiectum: an vero in dando aut etiam in tali facto quod commodum dantis principaliter respiciat. Illo casu putem casum fortuitum condictionem impedire, secundum *d. l. penult. C. hoc tit.* quia nullum reuera videtur damnum ex parte dantis qui alium magis respexit, & cuius factum impleri non adeo multum inter fuit, præsertim si factum

ctum tale proponatur, quod fuit in potestate accipientis, vt notat Accurs. *ad d. l. pen.* quia hic dicitur recte non stetisse per accipientem, quem casus superueniens impediuit, cum præsertim ipsa lege conuentionis potestati accipientis à dante fuerit commissum. Neq; obstabit, quod seruo mortuo, qui manumitti debuit, condictioni locus est *l. 5. §. vlt. h. t.* quia interitus ille naturalis est, ex quo aliàs res domino peritura fuisset: qua de causa etiam ICti de hoc casu tractantes, limitationem adiiciunt, *nisi dominus seruum aliàs distracturus fuisset*, quo casu condictioni locum fore negant *l. 5. §. 4. h. t.* Posteriori verò casu magis videtur condictioni locum esse debere, quod scilicet commodum suum spectauit, qui dedit & compensari id, quod dedit impletione causæ voluit: maxime si nullum incōmodum senserit accipiens, alioquin huius causa potior erit, ne in damno versetur, maximę si causa adiecta natura sua pendeat a casu, vt *in l. 4 Codic. d. condict. insert. iunct. l. 3. §. 3. l. 6 d. condict. caus. dat.* 2. distinguendum, an casus fortuitus sit absolute talis, an tantum in persona accipienti. Hoc casu condictioni locum dabimus: veluti si decem dedero, vt merces meas transuehas, etiamsi tu casu fortuito nauem, quam vnam habebas, amiseris, quod dedi condicam: quia scilic. alii etiam naues habent, & ego non hanc vel illam nauem, sed simpliciter vecturam intuitus sum: illo casu cessabit condictio verbi causa, si accepta pecunia pro mercibus in Angliam vehendis, vexisti quidem, sed ventis abreptus portum tenere non potuisti: ad quem casum commode restringi potest *l. pen. Co. h. t.* cum qua distinctione conuenit illa, vt intersit inter facta, quæ si operam accipientis desiderent, & hic operam addiderit, casum fortuitum impedire condictionem: secus si aliàs aliquid superuenerit, quod etiam referri potest ad facta, quæ citra aliquam industriam aut laborē fiunt, velut manumittere seruum, nisi accipiens seruum fuisset distracturus 3. dicendum est propter diuersitatem factorum & casuum, vix posse hoc certa regula definiri, & ideo rem hanc plerumque ex æquitate decidendam, quod quidem ICtos fecisse arguit *l. 5. in princ. & §. vlt. de condict. ob caus.* vt nimirum consideretur, vtrius causa potior sit, vt ne morari debeat in damno. Plane in Aduocatis speciale est, vt quod iis datum est, nec ab hæredibus licet causa non sequuta repeti possit *l. 1. §. 13. d. var. cogn iunct. l. vlt. h. t.* quia ꝙ ipsis datur, nō mercedis aut permutationis gratia, sed tanquam honorarium dari videtur, de quo etiam actum aliquid supra *disputation.* 8. Et contra hanc sententiam ita explicatam, parum aut nihil faciunt argum. Donell. & responderur ad primum, quod casus fortuitus ex hoc fundamento inhibeat condictionem, quia facit vt causa pro impleta habeatur, pœnitentiæ autem non nisi re integra locus est: sicut & nihil absurdi est inhiberi condictionem iuxta propositas distinctiones, quibus expeditur & 2. & 4. obiectio: etenim de tertia petita *ex l. vlt. hoc tit.* postea dicemus. Porro *leg. prima Cod. hoc tit.* parum ad rem facit, quoniam agit de eo nō qui aliquid dedit alicui, vt nuptias secum contrahat, sed qui matrimonii contrahendi intentione aliquid dedit, quod condici æquissimum est, si matrimonium aliqua de causa coire non possit. Parū etiam facit *l. 5. C. h. t.* in cuius specie impedimentum non superuenit, sed initio adfuit, nec causa ibi cessat propter casum fortuitum, sed propter personam accipientis, & impeditur iure, vt proinde pro impleta haberi non possit.

LIT. B.

Quod si contractus.] Affirmat locum pœnitentiæ non esse, si contractus sit confirmatus stipulatione iuramento vel transactione. De singulis videamus. Stipulatione ita firmari contractum hic do vt des, vel do vt facias. intelligi potest, si vel dans promiserit, se rem non repetiturum, vel accipiens promiserit, sed id. de quo conuenit præstiturum. Vtroque casu dubitare licet, an stipulatio quæ contractus diuersus est, neque inducit nouationem, (aliàs enim vix esse dubitandi ratio,) naturam contractus innominati mutare, & vt ne pœnitere liceat, efficere possit: cum potius dicendum videatur, eum qui condixit, actione ex stipulatu nomine eius quod interest, conueniri debere: cæteroquin etiam rentauero, hoc casu neque ex capite cessationis esse condictioni locum. Iuramento adiecto eod. modo dici potest. firmari contractum, vel quia dans iurauit, se non repetiturum, vel quia accipiens iurauit, se de quo conuenit præstiturum: quo posteriori sensu hoc accipit *Accursius in lege quinta, in princip. hoc titul.* vbi ad illud ICti, quo ait cessare condictionem, accipiens necesse habeat, præstare de quo conuenit, adnotat, *necesse habere, vt quia iurauit.* Verum cum hoc casu iuramentum adiectum sit in fauorem dantis, non animaduerto, quomodo huic propterea eius pœnitendi & condicendi adimi possit: cum etiam

etiam accipiens nullum incurrat periurium, quo non stet per ipsum, quo minus conuentis satis faciat. Priori autem casu, vt sit aliquis effectus iuramenti, recte defenditur communiter Dd. sententia, quam refert & late confirmat *Ias. in leg. 5. in princip. hoc tit. col.* 8. *& 9.* vt dans qui iurauit, vel simpliciter se contractum seruaturum, vel in specie, se non repetiturum, ex pœnitentia condicere non possit: quem casum hic tractari à Treut. colligitur ex lit. E. vbi ait cessare condictionem, si iuratum sit de non repetendo: in quo tamen odiosa repetitio est eiusdem quæstionis, quam etiam committit in tertio membro, de transactione: nam quod hac lit. B. tradit, ex causa pœnitentiæ agi non posse, si contractus transactione confirmatus sit, nihil aliud est, nisi quod tradit D. lit. E. cessare pœnitentiam, sit datum, vt discedatur à lite. Cæteroquin minus concinne dicitur hac lit. B. contractus transactione confirmatus: & rectius *Iason. in l. 5. in princip. hoc tit. col.* 3. in contractibus innominatis, qui fiunt ad finiendas lites, pœnitentiæ non esse locum: cuius tamen ibid. propositum exemplum minus commodum videtur: renuntiatio liti vt pro me Romam vadas.

LIT. C.

Modo denunciauerit.] Videlicet ad hunc effectum, vt exinde accipienti non sit facultas implendi, cæteroquin re integra etiam citra denuntiationem vllam condictio fundata est, vt nec sufficiat conuentum se offerre ad implendum contractum: idque est quod ait Tr. oblationem non habere vim implendi.

Vnde confirmant.] Probatum est *thes.* 1. *lit. F.* condictionem hanc proprie & subtiliter loquẽdo quasi contractu, & conuentione tacita, quæ contractui do vt des vel vt facias ex præsumpta mente contrahentium inest, descendere. Ex quo efficitur verum, nec esse quod ait Treutl. præterquam quod generalitati *thes.* 1: *lit. A. in princip.* repugnat, ex contractu innominato nasci condictionem hanc vbi de re petendo nihil fuerit actum, quoniam etiam hoc casu ex quasi contractu est. Sequitur statim ibid. quod aliàs, id est, si de repetendo actum fuerit, ex vero contractu hæc condictio detur. Quod hactenus admitti potest, vt nihilominus natura sua ex quasi contractu descendat: siquidem nihil vetat, ea quæ tacite insunt à contrahentibus exprimi, de quo etiam agitur infra *thes* 4. Illud autem vitiosum omnino est, quod contractum verum opponit innominato, & ita vbi de repetendo actũ est, condictionem hanc ex nominato contractu concedit: quoniam expressio huius conuentionis contractui nomen dare nequit, neque dubium est, quin contractus innominati veri sint contractus: vt adeo appareat à Treutl. contractum nominatum cum vero male confundi. Cui consequenter friuole sibi obiicit textus, quibus negatur in contractibus veris pœnitentiæ locum esse: quia hoc nusquam de contractibus veris, sed de contractibus nominatis negatur, cum innominati natura sua pœnitentiam admittant, magis etiam quam quasi contractus, quod exemplo negotiorum gestionis, aditionis hæreditatis &c demonstrari potest: vt proinde etiam nulla sit responsio Tr. fallere regulam, si conuentum sit, vt liceat pœnitere.

LIT. D.

Affirmat hic, vtroque casu debitoris esse periculum, atque ita siue post siue ante moram res interierit, subiecta tamen limitatione lit E. nisi aliud actum inueniatur, veluti, vt in exegesi. lit. E. subiicitur, si conuenerit de re data non repetenda: Atqui rationis est, vt tanto magis sit periculum debitoris, si creditor repetere non possit: etenim ad remotius illud de capite pœnitentiæ, minus commode hoc refertur, licet ea videatur mens Treutl. quod hæc conuentio ad excludendam pœnitentiam interponi intelligitur. Et tamen duob. propositis casibus, etiam limitatio vtrique, & minus recte posteriori tantum, accommodari videatur.

Creditor enim semper condicit.] Hæc est Treut. ratio qua probat vtroque casu, periculum esse debitoris. Quæ non satis concludens videtur, quoniam vt creditor condicat ex capite pœnitentiæ, terminos habiles poni oportet, vt res adhuc si integra, quod aliàs sequeretur contra ipsius Treut sententiam lit A. casu fortuito non impediri condictionem: nec absurde quis dicere posset, interitum rei, in qua aliquid fieri debuit, facere, vt causa habeatur pro impleta. Cæterum proponitur hic pugna inter *l. vltim. h. t. & l.* 5. § 1. *d. præscript. verb.* ea vero pugna non simplex, vt male & confusim à Treut proponitur, sed duplex est 1. de genere & naturæ conuentionis siue contractus, an sit emptio iuxta *d. l.* 5. § 1. *infr.* an permutatio iuxta *l. vltim h. tit.* 2. de periculo rei quæ danda est, an sit accipientis ex sententia *Celsi in d. l. vltim.* an dantis *ex sententia Paul. in d. l.* 5. §. 1. Quod ad priorem attinet,

 Cuiac,

Cuiac. quem Treu. sequitur, ita eam componit, vt *in leg. vlt.* ideo sit permutatio, quod actum sit de dandi, id est, dominium transferendo, quod ab emptione sit alienum, in qua sufficiat habere licere: quæ ipsissima conciliatio, cum sit tradita *à Dd. gloss. Bartol. Bal. & Iass in d. l. vltim.* male adeo Treut hic Dd quos Cuiacius sequutus est, improbat, & pro dissent allegat: nam & quod Cuiacius addit, in specie *d. l. vltim.* pecuniam non pretii loco, sed tanquam corpus datam fuisse, idem *à gloss. & Dd in d. l. vltim. & in leg. 5. §. 1. de præscript. verb.* notatur. Verum quia emptor etiã hoc agit, vt dominus rei fiat, & quod sufficere dicitur, vt emptori habere liceat, eo præcipue pertineat, vt quamdiu habere licet, de euictione agi non possit; cæteroquin traditio ex causa emptionis proculdubio fit modus acquirendi dominii, adeo vt contrarium agi non possit *l. cũ manu. 80 §. vltim. de contrah. empt.* ideo rectius fortassis dicetur, propterea negari emptionem *in dict. leg. vltim.* quod citra vllam præuiam conuentionem & æstimationem decem illa non tãquam æqui valens serui pretium, sed simpliciter data fuerunt. Posteriorem pugnam ita componit Cuiac. vt *in l. 5.* §. 1. periculum esse dicat dantis eo respectu & eatenus, vt agere non possit actione præscriptis verbis ad interesse: cæteroquin non negari, quin res data condici possit: quæ etiam opinio est Donell. *lib. 14. com.* sed lõge ante vtrumq; tradita *à gl. in l. 5. § 1. d. præsc. verb. Sal. ib. & à Bald. in d. l. vlt. h. t. col. 2. inf.* his verbis: interitus liberat ab actiõe præscriptis verbis nõ à condictione causa data: quorum sane Donellũ & Cuiaciũ mentionẽ facere oportebat. Et mihi quidem hæc conciliandi ratio menti ICti *in d. l. 5. §. 1.* minime conuenire videtur: quia sicut ita periculum emptoris dicimus, vt etiam re perempta pretium soluere cogatur, ita periculum *dict. leg. 5.* ita dantis censet esse, ICtus, vt quod datum est, maneat penes accipientem: quod firmant seqq. verba, quibus ait ab accipiente culpam tantum præstari debere: quod idem est in venditore, quem quasi tacita hac in re cum accipiente, qui venditoris vices obtinet, conferre videtur ICtus. Et sane cum quod permutationis causa datur ei propter quod datur, æquale aut æqui valens plerumque sit, nullum foret periculum dantis, si rem datam condicere possit. Aliis quoque conciliationibus facilius est obiicere, quam meliora afferre. Sunt qui *in dict. leg. quinta* Sciphos æstimatos existimant datos fuisse, quæ opinio etiam refertur ab Accursio, & incidit in sententiam Conan. qui 7. *comment. vltim* pro *Sciphos*, emendat, *nummos*. Et sane pro decisione *l. vltim. h. titul.* quæ periculum facit debitoris ita disputari potest, quod iniquum videatur, ad eum qui rem dedit, vt alia detur, vtriusque periculum pertinere, qui & principium dedit obligationi, & à sua parte contractum impleuit: ad eum verò nullius rei spectare periculum, qui nihil præstitit: quia in re apparet differentia permutationis & emptionis: quia etiam venditor quid præstat, & initio pariter cum emptore & actione ex empto ad tradendum obligatur: licet replicari possit, quod etiam in permutatione, qui rem accepit, ad interesse tenetur, & deterior eius qui dedit conditio debere esse videtur, quod facultatem rem repetendi ex sola pœnitentia habet: vt adeo hic etiam iniquum videatur accipientem, & periculum rei dandæ sustinere & tamen nihilominus ad rem acceptam reddendam pro libitu dantis, teneri. Vbi tamen porro duplicari potest, ipsum sibi imputare debere, quod non statim ex conuentione faciendo vel dando, condicendi facultatem exclusit. Probabiliter distingui possit, an simpliciter conuenerit de dando, an sub aliqua conditione & tractu temporis, vt illo casu periculum sit accipientis, hic vero dantis, quoniam satisfacere contractui in libero arbitrio accipientis non fuit & ipsa l. contractus dilationem & moram indulsit. Neque hinc aliena est distinctio *l. 5. §. sed si accipit h. t.* vt si is quia accepit, propter hoc ipsum retinuit seruum, quem alioquin fuisset distracturus periculum spectet ad dantem, cæteroquin ad accipientem tanquam dominum, quod etiam ex Iohan. proponit *Accurs. in d l. vlt. h. t.* Denique *Ly. Kla. 6. membran. c.* 1. quod *in d. l. vlt.* dicitur dantem repetere posse, non tanquam vniuersale, sed particulare proponi existimat, aliquando repetere possit: posse autem hoc casu, quo actum est de dando, & Stichus fuit alienus, quod ex verbis seqq. colligit: cæteroquin si ponamus dominum fuisse rei quæ dari debuit, non negaturum Celsum, quin illa periculo dantis sit futura, si sine culpa domini moriatur: de qua distinctione & sententia & quantum ei tribuendum sit, ex præmissis statuere licet.

Sed vtrum hoc casu.] Quæstio hæc an hoc casu ad interesse agi possit, aut obscura est, aut superuacua: siquidem illa ipsa conciliatione Cuiac. quam Treutl. probat, hoc continetur, Sticho qui dari debuit mortuo, id quod datum est condici,

dici, ad interesse autem agi non posse. Porro quæ lit. E. tractantur, explicata sunt hac ipsa *th. sub lit. B.*

THESIS III.

Lit. A.

Vel opinione hominum.] Oportet opinionem eiusmodi esse legitimam, iustam, & ratione fundatam, aliàs turpitudinem non inducit. Cæterum quamobrem *Accurs. in l. 42. d. V. S.* pro diss. citetur, non intelligo, quoniam ille cum ICto hoc tradit, quædam esse turpia natura, quædam iure positiuo: neque ideo dissentire dici potest, quod istius speciei non meminit, vel quia nec ICti nec Accurs. mens fuit, omnes exactè enumerare species, vel quia ea species non constituit simplicem & absolutam turpitudinem.

Et in turpi.] Pingui Minerua & abusiue dicitur, in turpi conuentione esse iam datum: pro quo dicere debebat, aut in turpi conuentione subsisti, aut etiam turpiter datum esse: Illa quoque ibid. non rectè pro iisdem habet, prætorem denegare actionem & conuentionem esse nullam. Quia imo vt notatum dis. præced. denegari actionem, ipso iure obligationem subsistere arguit: quod bene aduertit *Salicetus in l. 2. C. h. t.* vbi ait, ex eo quod *in leg. mercalem 5.* denegendas actiones dicitur, præsupponi, quod reuera aliquæ sint actiones. Et ratio in eiusmodi casibus denegandi actionem est, vel quod exceptio notoria est, vel potius quod priuilegiata impediēs litis ingressum, de quo tractatur *infra p. 2. disp. 26. th. 8.* Cæterum illa quæstio, difficilior est, an promissio turpis ipso iure nulla sit, an saltem debitor exceptione defendatur, quam etiam attingit *Salic in l 2. Cod. h. t.* Ad eam expediendam minime sufficit distinctio Treutl. an turpitudo notoria an dubia sit: quoniā hoc casu stipulatio vt turpis non consideratur, & distinctio illa ad obligationem ipso iure validam pertinet, ex qua pro ista diuersitate aut denegatur, aut sub exceptione conceditur *argum. l. 9. in princ. d. iureiu.* Et enim hoc quæri intelligitur, an turpitudo, de qua constat eius sit effectus, vt stipulationem faciat: nullam: quod non obscure negat *l. pen. d. condictio. ob turpem causam,* vbi petitor exceptione dicitur submoueri: & accedit ratio, quod causa non sit de essentia stipulationis, nec promissioni cohæreat *arg. l. 2. § circa eum §. seqq. de except. dol.* itemque quia causa turpis non impedit translationem dominii, quia condictionis natura arguit reum esse dominum: & ergo nec impediat oriri obligationem, quoniam ad hæc & illud sunt ex iure gentium, & nuda traditio, vbi nulla præcedit causa non transfert dominium *l. 31. h. d. acquirend. rer. domin.* facit denique quod *in leg. 7. § 18. de pactis* stipulatio interposita super re illicita, dicitur esse rescindenda. Ex aduerso ipso iure nullam esse promissionem turpem, probatur tum quod ea indicit ad delinquendum: tum quod obligationi turpi non accedit fideiussor *si à reo 70 de fideiussor.* Tum denique textibus perspicuis *in leg. vigesima sexta leg. vigesima septima & l. 123. de V. O.* quæ stipulationes turpes nullius momenti esse affirmant. Huius controuersiæ tres solutiones refert *Iason. in dict. leg. 26. de V. O.* 1. quod aut turpis causa sit expressa in stipulatione, aut non sit expressa: illo casu nullam, hoc ipso iure validam esse obligationem. Verum non de hoc, sed illo potius casu disputatio est, & in specie *dict. l. penultim* quæ ipso iure obligationem valere probat, causam expressam fuisse apparet. 2. quod turpitudo vel sit ex parte vtriusque, vel ex parte alterutrius, vt hoc demum casu ipso iure valeat conuentio: quod confutatur *ex l. septima. §. tertio d. pact.* 3. quod causa vel sonet directa in delictum vel non direct. quam sententiam sequitur Iason, sed male respondere videtur *ad d. l. pen.* tractari in ea de stipulatione non quæ habeat turpem causam finalem, sed ideo turpis dicatur, quod dolo vel metu extorta sit: etenim refutetur hoc inde, quod ICtus negat soluenti condictionem, quod post stipulationem remaneat turpitudo dantis, quæ vtrique nulla est in decepto aut coacto. Neque admitti potest responsio Bartol. *vt dicta l. penultima* accipiatur de exceptione intentionis. Nihil habeo quod dicam aliud nisi in magna diuersitate turpitudinis fieri posse, vt stipulatio, quæ præsertim stricti iuris est, non omninò nulla haberi debeat, officii tamen prætoris esse, actionem denegare: quia vt ante ostendimus, actionem denegari, & obstare exceptionem non pugnant: vt adeo possit prætor hoc casu aliquando simpliciter actionem denegare, aliquando cum exceptione concedere. Et ad hunc sensum explicari potest, quod *in lege vigesima sexta & vigesima septima de Verb. Obl.* dicitur. 1. nullas esse stipulationes 2. ad officium prætoris pertinere, denegare actionem nimirū si forte an obligatio ipso iure nulla sit, dubitetur: atque hinc responderi potest *an l. pen. h. tit.* Reliquæ duæ obiectiones facilius expediuntur, quia potest aliquando ipsam obligationem

viriare causa & obiectum, si ex eo genere sit, quod in conuentionem deduci lex vetat, quomodo liberi hominis stipulatio nulla est. Cæterum hac in re quo ad translationem domini plus posse dicendum est causam iniustam quam nullam, quia concurrente voluntate tradentis, a qua præcipue dominium procedit, qualem titulum sufficere defendi potest. cum alias per se stipulatio iustus titulus sit, quod etiam tradit *Ias. in d.l.26. circa fin. & Ant. Fabr. in d.l.7.d. dol.* etiamsi ex venditione dolo inita & ita ex ipsius sententia nulla traditio facta sit, dominium transire existimat. Dici etiam potest sufficere, vt opinione partium subsit causa, & partes hoc pro causa habeant, quomodo etiam indebiti soluti dominium transit, licet reuera nulla adsit causa.

LIT. B.

Ex causa præterita.] Apparet ex citata *l.7.h.tit.* causam istam præteritam, non esse per se turpē, sed propter merum intentatum: quod si enim causa per se turpis sit condictione opus non erit, quia simul turpitudo dantis implicatur.

LIT. D.

In qua non dandis.] Proponit in thes. hac lit. & seqq. quod in hac condictione non dantis, neque vtriusque, sed solius accipientis turpitudo attēdatur. Ex qua propositione si vera sequimur, efficeretur, non obstare, neque nocere turpitudinem dantis, cuius contrarium verum est, & dicere voluit vel debuit, condictioni huic tum demum locum esse, vbi ex parte tantum accipientis, non dantis vel vtriusque interuenit turpitudo.

Puta si quid meritrici.] Secundum verba th: dicendum potius fuerat, *puta eius qui meretrici quid dedit.* Cæterum in quæstione seqq. defendi potest contra Treu. quod meritrix sibi promissum petere possit: videlicet ex assertione & ratiocinatione *Vlpian. in l.4.§.3.h. titulo.* quod scilicet meretrix non faciat turpiter: quem adeo casum ab eo, quo vtriusque versatur turpitudo, diuersum, & ei, vbi turpitudo tantum ex parte accipientis intercedit, omnibus suis membris oppositum esse oportet. Nimirum posteriori hoc casu, vbi sola turpitudo est accipientis siue stipulantis, nec promissum exigi, & quod datum est, condici potest, adeoque nec promissio nec datio effectum, & qui conuenitur exceptionē, & qui soluit, condictionem habet: cui adeo cum directo contrarius casus sit, vbi turpitudo versatur ex parte solius dantis vel promittentis, in vtroque etiam membro contrarium erit statuendum, vt neque datum condici. & quod promissum est, exigi possit, adeoque & promissio & datio effectum sortiatur, & ei qui accepit conuento exceptio & stipulanti exactio concedatur; & alias hic casus, ad quem expresse refert Vlpian. si quid meretrici datum sit, nō differret ab eo, qui intermedius est, vbi vtriusque turpitudo intercedit, & quo accipienti quidem retentio, sed stipulanti exactio non datur. Et hāc opinionem communem testatur *Salicet in l.4.§.3 hic.* eandemque probant *Cyn. Bald & idem Salicet.* non in *l.5* quam citauit Tr. sed *in l cum te. 2. C.h. tit.* & vtitur Cyn. optima ratione, quod non sit turpis causa stipulationis, quoniam si nō accipit turpiter, nec turpiter quidem stipulabitur. Neque absurda videri debet hæc opinio, si seculum Vlpian. ex cuius ratione hoc defendimus, respiciamus, quo lupanaria permissa, Veneri templa ædificata, & vt apud Tacitum 2 annal: legimus, matronæ solitæ vulgare corpus, professæ licentiam stupri apud ædiles, ne in pœnam L. Iuliæ inciderent. Enimuerò doctrinæ Pauli, qui damnat omnes scortationes, & nec propter bonum finem mala facere concedit, ista non conueniunt, sed conueniunt tamen, hodieque iis rebuspublicis, in quibus nescio cuius boni publici prætextu lupanaria tolerantur: in quibus terminis loquitur *Vasq. 1. illustr. contrau. 48.n.3.4.& 5.*

LIT. F.

Paulo laxius & impropriè initio huius lit. vtitur verbo puniri, dum eum, cui actio denegatur, puniri affirmat, quippe cum ipse sponte turpiter dederit, & dominium transtulerit.

Exemplum vbi solius.] Affirmat hic si detur iudici vt bene iudicet, turpitudinem esse solius accipientis, ideoque condictioni esse locum. Ante omnia notandum, quæstionem illam simplicem non esse: & distinguit glo. duos casus 1. si dem: vt licet in bona causa, secundum me pronuncietur. 2. si dem vt forte moratur iudex maturet & expediat causam, sententiamque ferat: quod etiam sequitur Ias. sed male illud accepisse videtur Zas. qui hos duos casus facit: si dem iudici, vt secundum me det iustam sententiam: & si dem vt in manifesto iusta causa pro me ferat sententiam; neque enim hi casus reuera diuersi esse videntur: cum quiuis causam suam manifesto iustam esse, contendere possit: & Accursius indistinctè putet, si detur iudici,

vt pro

vt pro dante & secundum eum iudicet, etiam ex parte dantis turpitudinem inesse: posteriori autem casu, quo datur, vt maturet iudex sententiam, condictioni olim locum fuisse censet, iuxta *legem 2. hoc titul.* hodie autem nec isto casu esse. *per legem. 1 & authentic seqq Codic. de pœnis iudic.* Sed Iason contrarium statuit, quod pœnalia non sint extendenda, neque ex pœnis ibi statutis ad negationem condictionis recte infeiatur. Ego vix existimo quod de hoc posteriori casu loquatur Iurisconsultus *in leg. 2. inf. hoc titul.* & sequor simpliciter Paulum de Castro, qui illum locum explicat de eo, qui dedit, vt secundum se in bona causa iudicaretur: quomodo etiam habent verbo Iure consulti; vt fortassis non recte Treutler. proponat casum in eo, qui dedit simpliciter, vt recte iudicaretur, nec bene adeo allegat Iason. qui hoc tantum casu condictionem concedit, vbi pro maturanda & expedienda sententia pecunia data fuit. Quæremus igitur cum Iure consulto *in dict. leg. 2.* an ille condicere possit, qui dedit vt secundum se in bona causa iudicaretur. vbi pro parte negante ita disputari potest, quod turpiter facere videatur quicunque contrahit crimen, dando autem crimen his contrahi dicitur *leg. 2. hoc titul.* autoritate legis, quæ iudicia incorrupte & sincere vult tractari, & hoc factum tendere statuit ad corruptionem iudicis: & cum pœna afficiatur qui dedit propter hoc ipsum quod dedit, vt litem & causam perdat, non potest non videri turpiter fecisse. vt non ipsa lex iniustitiæ arguatur. In contrarium autem hæc mouentur pro parte affirmante, 1. quod lucrum hoc turpe iudici sit extorquendum. Responderi potest obstare turpitudinem dantis communi iure: sed & hodie lucrum ei extorquetur *ex authentic. nouo iure Codic. de pœn. iudic* ex qua triplum fisco soluere tenetur. 2. quod diuersa sit ratio pœnæ illius, quæ ex lege infligitur danti & condictionis: quod confirmatur *argumento legis octava*, quod metus causa, vbi qui stuprum commisit, & deprehensus metu coactus aliquid dedit, in integrum restituitur, quod separata sit causa stupri & coactionis. Responderi tamen potest, diuersos esse casus quoniam qui post admissum stuprum, vt vitam suam redimat, aliquid dat, nihil turpiter facit: & pœna L. Iulia diuersa plane est à causa acceptæ pecuniæ, hic autem pœna amissionis litis, ex ipsa datione pecuniæ descendit, eique irrogatur. 3. quod *in l. 2. §. vltim.* relatum esse dicitur, quod condictioni sit locus, Responderi potest vel non probari hanc sententiam, vel verbis sequentibus statim corrigi, & adducto rescripto Imperatorum mutationem iuris significari: quod olim quidem condictioni fuerit locus sed id non obtinere, postquam Imperatores eiusmodi datione crimen contrahi voluerunt. 4. facit *l. 3.* vbi casus ille, quo datur iudici, vt male iudicet, opponitur casui *l 2. §. vlt. eod.* ita quidem vt in specie *lib 3.* vtriusque turpitudo versari, & condictio cessare dicatur: vnde à contrario sensu in casu *l. 2. §. vltim.* aliud obtinere concludi potest. Nisi quis respondeat, vel quod ex coniunctione eiusmodi legum nihil solide inferatur, vel quod recte quidem inferatur, casibus istis in se & ex natura sua consideratis, non autem considerato casu priori ex iudicio & rescripto Imperatorum, qui datione ista quoque crimen contrahi censuerunt. 5. dici potest, quod dans hoc casu si simpliciter consideretur, in crimen incidisse videatur, non autem si conferatur cum iudice, qui danti nullum crimen vel turpitudinis notam obiicere potest, eoque merito condictione teneri debere videtur. Cui tamẽ præcipue aduersari videtur, quod ex dict. authentic. nouo iure iudex iste triplum præstare fisco tenetur, quod iniquum sit eum danti quoque in simplum teneri: nisi illud ad eum casum, quo simpliciter pecunia data fuit, referatur: quod tamen non satis conuenire videtur *lib. 1. dict. tit.* cui auth. ista subiecta est, & quæ ad nostrum quoque casum pertinere, & rescriptum illud Antonini, illud ipsum cuius meminit *in d. l. 2 Vlpian.* esse videtur: quamuis aliquando authenticæ illæ non satis accurate ab Irnerio legibus Cod. sint subiectæ.

Idem verum est in teste.] Testem eiusmodi qui aliquid accepit, vt vere deponat, falsarium esse, ac minimum pœna extraordinaria teneri tradunt à Treutler. citat. *in leg. 2. hoc titul.* & ante eos Iason & Castrens. ibidem. verum quod Tr. addit, condici pecuniā posse, nullus ex istis tradit, & Mynsingerus diserte eum qui dedit, tanquā corruptorẽ puniendū ait. Et non potest huc accommodari Dd. distinctio, quam paulo ante de iudice attulimus, quia testis causam morari vel maturare non potest. Attamen si obtineri potest, eum qui iudici dedit, vt secundum se bene iudicaret, condictionem habere, etiam obtineri poterit eum habere qui testi dedit, vt vere deponeret: quoniam facta ista, bene iudicare, & veritatem dicere, honesta & sancta sunt.

Quid si res indiuidua.] Et rationem habet hæc sententia, vt re æstimata, portio æstimationis præstetur, & communiter recepta est, sicut eam post *Br. etiam probat. Iason. Castren. in l. 1. §. ob rem. n. 11. h. t. Zas. in l. 3. h. t. n. 3.* Accurs. autem non expresse dissentit, sed diuersas opiniones proponit, & rem magis in medio relinquit.

An amissa per lusum.] Quærit hic an amissa per lusum condici possint: quod affirmat tum demum, si lusus sit illicitus secus, si saltem consuetudine licitus sit. Vbi i. cum appareat consuetudinem opponi iuri, alias licitus ludus esset dicendus, apparet simul per consuetudinem significari, vsurpationem quandam non legitimam, nec iure probatam aut ei consonam: cuiusmodi sane prauæ adsuetudini vix puto effectum iuris tribuendum esse, iuxta not. supr. disp. 1. the. 9. in quæst. si consuetudine quadam & prauis morib. delictum aliquod non puniatur, an hoc excuset à pœna. Deinde, cum quo casu vtriusque turpitudo versatur, condictio cessat, nec per ludum illicitum amissa condicentur. Facit quidē pro Tr. *l. 1. C. de aleatorib.*) quam tamen ipse non adducit) verum eius, vt pote à Cuiac. & Contio. ex Basilicis productæ, & Codici insertæ, ratio magnopere habenda non videtur: alioquin in ea admissa, aut fatendum erit esse exceptionem hanc à regula aut ad speciale ludi genus erit restringenda. Nisi quis putet distingui posse, an ludendo statim pecunia amissa, an postea ex ea causa fuerit soluta quo casu vtrique neganda erit condictio: licet hic non tam propter turpem causam, quam ex turpi causa pecunia soluta intelligatur.

THESIS IV.

LIT. A.

Proponuntur hic species debiti & indebiti; inuicem sibi oppositæ. Vbi initio in verbo, *ciuilis*, fallacia est homonymiæ, quia illa dicitur obligatio vel omnimodo valida, vel nuda æquitatis vinculo destituta: quo fit: vt manca sit enumeratio. Neque satis intelligo, quid per obligationem prætoriam intelligat: quia licet aliàs ius prætorium sæpe opponatur ciuili, attamen in materia obligationum, omnis ea quæ ad actionem efficax est, quomodocunque introducta ciuilis appellari solet, reliquæ ad agēdum inefficaces, naturalis obligationis nomine continentur. In enumerandis speciebus indebiti magis probo Accurs. *in l. 1. hoc tit.* quod aliud sit indebitum naturali & ciuili iure simul, aliud alterutro tantum, ciuili, vt nudo pacto promissum naturali, vt si pacto vel iure iurando æquitatis vinculum fuerit sublatum. Et tamen ad effectum recondictionis, de quo hic tractatur, indebitum ciuile huc non pertinet, quippe cuius non est condictio: sed indebitum iure naturali vel vtroque. Et inde contra Tr. videri possit, inter naturale & prætorium indebitum nullam hic esse differentiam. Licet enim ipso iure actio derut, vbi naturalis obligatio sublata est: attamen prætor exceptionem addit, eoque ipso pro indebito se id habere ostendit. Et cum ex textibus allegatis colligatur à Treutl. prætorium indebitum haberi, quod obstante exceptione perpetua peti non potest, idem indebitum naturale est: si quidem fere eiusmodi demum exceptio perpetua obstat, quæ naturalem tollit obligationem, siue reuera, siue potestate iuris, velut exceptio Velleiani *l. 16. in fin. ad Vellian. & argum. l. 9. C. eod.* ex quo non necesse est addere quartam speciem indebiti cum *Bartol. & Zas. in l. 1. h. tit.* vbi debitum naturale sit & ciuile, sed obstat aliqua exceptio. Etenim lex vel SCtum obligationem quoad hunc effectum aut annullare, aut infirmare potest.

LIT. B.

Tum ex vero tum quasi.] Ait condictionem indebiti tum ex vero, tum ex quasi contractu descendere. Non satis bene: quia cum hæc particula notet paritatem, regulariter & natura sua est ex quasi contractu, vt paulo post ostendemus. Et quod aliquando expresse hoc adiicitur, vt repetere liceat, *l. 2. hoc titul.* ex accidenti est, neque facit vt tanto magis condictio competat, quæ etiam citra illam adiectionem fuisset competitura: sicuti propterea quod tutor nominatim ad rationes reddendas vel heres ad legata præstanda, vel socius ad expensas vel fructus præstandos, sese obligant, non ideo actio tutelæ ex testamento, vel communi diuidundo, ex vero contractu esse dicetur. Porrò nec hoc recte, quod cum ex vero contractu condictionē hanc esse dicat, pro dicto allegat Accurs. qui actionem præscriptis verbis concedat: quia & hæc actio ex vero contractu descendit. Videndum autem nobis hic latius est de causa huius condictionis & excutienda sententia Donell. 12. commentar. vbi hanc condictionem simpliciter ex vero contractu esse contendit, ita quidem

dem vt in hac sententia glorietur, & magnifice se efferat. Ego vero eam falsam esse non dubito, & condictionem hanc ex quasi contractu esse statuo, tum ex textu § *penultim. Institution de obligation. quasi ex contract. & l. 5. §. 3. de O. & A.* tum ex hac solida ratione, quod sicut pacta tacita ab expressis, ita contractus veri à quasi contractibus non nisi qualitate conuentionis distinguuntur, quod illos expressa, hos tacita conuentio constituit: atquin condictio indebiti nascitur ex conuentione tacita, & hactenus solutio indebiti quasi contractus est, & huius condictionis mater, quatenus conuentionem hanc præsumptam & tacitam habet, vt si indebitum fuisse appareat, restituatur. Sed duo obiicit Donell. 1. quod Iustin. *sub tit. Instit quibus modis re contrah.* etiam de indebiti solutione tractat 2. quia in solutione indebiti insit negotium *l. 33. de condict. indeb l 13 in fin. commod.* Respon. ad primum, quod indebitum etiam contrahitur, & pauca cum mutuo habet communia, quæ refert *Cuiacius 9. obseruat. 34.* à quo quasi mutuum siue promutuum appellatur: qua occasione Iustin. obiter saltem attingit illam materiam, quam pleniori manu tractat *in § penult. Inst. de obl. quasi ex cont.* vbi eum cui indebitum soluitur, diserte quasi ex contractu debere affirmat: qui locus potius quam ille attendi debet. In secundo argumento Donelli hæc consequentia: negotium subest vel causa, ergo est verus contractus. Plane vitiosa est, quia etiam negotium in quasi cōtractib. est: & cum quasi contractus sit species contractus generice sumpti, & in omni contractu negotium insit, in quasi etiam contractu negotium inesse oportet: verum, vt iam sæpius dictum conuentionis qualitas veros & quasi contractus distinguit: atque ita effectus idem in producenda est actione, sed essentia & natura diuersa. Et igitur optimè hæc conueniunt, subesse negotium, & esse quasi contractum: Illud affirmatur à Pomponio & Iulian *in l 13. commodati & in l. 33. d condict. indebit.* hoc a Iust & Caio *in d. § pen Inst de obligation. quasi ex contr. & in l. 5. §. 3 de O & A.* in quo lapsus est manifestus Donelli, qui hos autores tanquam ex diametro inter se dissentientes sibi opponit. Illud facile expeditur. quod Caius & Iustin dd. loc. distractū magis hic esse affirmant: adhibita scilicet distinctione, inter quod expresse & tacite agitur. Expresse agitur, vt ab obligatione discedatur: tacite vt si soluentem non obligatum fuisse appareat, quod solutum est, restituatur: quæ conuentio tacita vera & adæquata causa ex condictionis debiti: idque est quod eleganter Pompon *in d. leg 13. in fin. commod.* præter id quod expresse agitur, tacitam nasci obligationem. quod ipsam Donelli sententiam confutat, siquidem omnis verus contractus ad sui constitutionem necessario expressam conuentionem requirit. Vnde etiam efficitur, paulo pinguius dici à Caio & Iustin. quod hæc condictio ex distractu nascatur.

LIT. E.

Quod si à duobus pariter.] Si ponas totum fuisse indebitum, nulla erit quæstio, & falsum quod in altero membro proponitur: sed nimirum & *ex l 25 de solution & l. 19. §. vlt. h. tit* intelligi debet de duob. debitum quidem ex parte, sed plus debito, & hactenus indebitum soluentibus, veluti si duo qui debebant decem singuli soluerint decem: hoc si simul factum sit, singuli quinque condicent, sin separatim & successiue: posterior tantum condicet: quoniam hoc casu vterque indebitum non soluit, sed solutione prioris obligatione extincta, posterior tantum, cui etiam soli pecuniæ totius à se solutæ condictio datur: adeoque membrum istud posterius de duobus separatim soluentibus, non recte comprehenditur à Tr sub propositione de duobus pariter indebitum soluentibus.

Quod si duo rei.] Si qui Stichum aut Pamphilum debebat, vtrumque soluat, quæritur, cui detur electio restituendi vel repetendi alterū. & *Iustin in l pen C. h t* electionem repetendi ꝙ velit dat debitori, cuius antea erat electio, ꝙ vellet soluendi: quo responso non obscure improbatur & damnatur sententia Celsi & Marcelli, qui creditor retinendi quod vellet dederunt arbitrium *l. 26. § pe in fin. h t* quod obseruauit *Hottom. in d. l. pen & Cuiac 8. obs 55* vbi & aliam in simili casu dissensionem Celsi & Iuliani notat. Et forte hæc Marcellum ratio mouit, quod cum debitoris sit electio, creditor in hoc casu instituta cōdictione debitoris loco esse incipit: quamuis replicari possit, quoniā error solutioni causam dedit, reduci rem ad primā suam causam & perinde haberi ac si qui accepit, creditor adhuc esset. Quæ ita obtinent vbi vnus soluit: cæteroquin si duo alternatiue obligati arbitriū retinēdi creditoris esse traditur *in l 21. h. t.* & notat *Cuiac loc. cit.* idque est quod Tr. ait, casum *d. l. 21.* excipiendum esse *à l pen. C. h. t.* vbi

arbi-

arbitrium repetendi ei qui soluit, datur. Et ratio exceptionis diuersitatisque hæc reddi potest: quod vbi duo rei alter Stichum alter Pamphilũ soluerunt, vtique quod vnus soluit, alter repetere non potest: eoque si electio danda esset soluentibus, ea in partibus rerum solutarum futura esset: quod ratio iuris non patitur: vel quia in partibus vnius eiusdemque hominis, quæ tantum intellectu consistunt, nulla potest esse electio, vel quia ita creditor hominem debitum in partibus diuersorum hominum accipere cogeretur, contra *l. 2. §. 1 de V O.*

LIT. E.

Ait initio in exegesi condictioni esse locum, si per errorem facti & solutum & acceptum sit, quod hoc casu furtum committatur. Quod paulo confusius proponi videtur, quoniam de vtroque membro idem minime prædicari potest: quod scientia dantis impedit cōdictionem, minime autem scientia accipientis: & illa comparatio, quod altero casu nulla plane repetitio, altero actio furti detur, minus concinna videtur: quamuis nec dubitem, cum actione furti concurrere cōdictionem indebiti, quod *ex ipso Bartol. in l. 43. §. 1. de furt.* colligitur, *arg l 8. h. t.* & cum conuentio tacita, ex qua nascitur condictio, veniat ex parte dantis, natiuitatem eius dolus accipientis non impediet: quomodo cum aliis quoque actionibus rei persecutoriis actio furti pœnalis concurrit. Porro in eo quod statim sequitur, *maxime si solutionem vrgeat*, rectius legetur, *si vrserit.*

LIT. H.

Non satis bene hic dicitur, quod per exceptionem tollatur naturalis obligatio: quin potius ideo, quod obligatio naturalis ante sublata est, exceptio accommodatur debitori. Rectius dicitur toties condictionem dari, quoties obligatio naturalis aut nulla subest, aut si qua est, iure improbata vel infirmata est: adeoque exceptionem perpetuam, quæ condictioni locum facit, ita comparatam esse oportet, & proinde aliquādo vbi reuera naturalis obligatio adfuit, condictio tamen datur. Exemplum est in muliere intercedente, quæ condictionem habet *l. 40. h. tit* & eam tamen ex consensu re ipsa naturaliter obligatam negari non potest: sed scilicet obligatio illa improbata est SCto. 16. *ad Vellian.* & vt dicitur *in l. 9. Codic. eod.* SCtum obligationem non sinit esse efficacem. Et hæc certior ratio est negandæ vel concedendæ condictionis, quam ea quæ affertur a Dd. desumpta à fauore rei vel odio creditoris: licet vt plurimum hæc concurrant, vt exceptio sit, fauore rei introducta. & tollat obligationem, velut exceptio pacti iusiurandi, doli: quam recte Donel. *14.* comment. contra Dd. fauorabilem esse probat. quia alia ratio est actionis doli, alia exceptionis, siue generalis siue specialis contra Accurs. *l. 40. hoc tit.* quamuis Dd. minime simpliciter, sed tantũ respectu rei & aliàs eam, quæ cum exceptione ex rigore iuris contra æquitatem descendente concurrit, odiosam exceptionem doli, cæterum fauorabilem, & ad condictionem indebiti soluti causandam habilem statuant *per not Castrens. in l. 2. C. quod met. caus. l.* qui se debere de condict. caus. dat. Vnde etiam ratio sumitur, cur tutus exceptione iudicati, quæ & fauorabilis & perpetua est, si soluat, non repetit. *l. 60. hoc tit.* quia naturalis obligatio non tollitur, sed verus debitor etiam absolutus natura debitor manet *dict. l. 60.* & cum sententia iudicis obligationem consensu constitutam perimere, non possit, fit, vt exceptio inde nata ciuilis magis, quam naturalis habeatur *Pet. Fabr in l. 66. de reg. iur* in quo labitur *Donell. 14. commentar. 10.* vbi etiam condictionem ei concedit, qui exceptione iudicati tutus soluit contra *d. l 60.* quam ipse omnino cōtorte explicat, & specialem rationem esse putat, quod pendente iudicio fuerit solutum. cum tamen hæc sit decidendi ratio, quod natura debitor maneat. Cæterum quod attinet *ad l. 40. de condict. indeb.* ingenue dicam rationem illam cōcedendæ condictionis non esse adæquatam aut generalem, quia fallit in exceptione iudicati & ICtum respexisse id, quod frequentius est, & fere regulare, quod videlicet fere semper, vbi exceptio perpetua competit, naturalis obligatio aut sublata, aut iure infirmata est. Et igitur regula ista limitatur: Nisi naturalis obligatio supersit. Rursus regula hæc: Quod naturalis obligatio inhibeat soluti repetitionē, dupliciter limitanda. 1. Nisi obligatio iure infirmata sit, vt in pupillo, muliere. 2 Nisi obligatio mere naturalis, nudæ honestatis & fori conscientiæ, velut ad antidota, aut ex imperfecto testamento.

THESIS V.

LIT. A.

Condictionem dat soluenti, siue dominus fuerit siue non, vt illo casu dominium hoc possessio condicatur. Verum simplicius dixero cum non ponatur hic nudus possessor, vtroque casu rem ipsam condici, quæ prout accepta est, restituitur.

tur; quia soluendo ius quod habet in accipientem translatum est. Eodem modo in limitatione sequenti non possessionem, sed rem ipsam consumptam, sed potius eius æstimationem repeti dicam: & quod hoc casu solidum condici ait, ambiguum est: quoniam consumptio rei non facit vt accipiens in plus obligetur: sed eatenus defendi potest, quatenus consumptio aliquando afficit dominum qui antea dominus non fuit.

LIT. B.

Quæ sic proponit, quod per solutionem negotium aliquod geratur sub distinctione inter veritatem & legis interpretationem, explicandum est, vt traditis ad thes. præced. lit. B. & C. de origine huius condictionis, quod in solutione indebiti aliud expresse aliud tacite agatur.

LIT. D. & E.

Ait quod in diem vel conditionem certam debitor adeo debitor sit, vt neque sortem, neque accessiones, neque interusurii medii temporis nomine aliquid repetere possit. Vbi primò conditio certa abusiue dicitur, vtpote actum non suspendens, de quo mox lit. G. Deinde defendi potest, vbi ante diem per errorem solutum est, interusurium vel potius quantum accipiens locupletior factus est, condici posse. Cui adeo non obstat, quod sublato principali cesset condictio accessorii, & quod in cōdictione indebiti, quod mutui instar habet, non veniant vsuræ *l. 1. Codic. h. titul.* etenim ubi interuallum longius fuit, cōdictionem non certi, sed incerti dabimus, & quod petitur, tāquam principale peti dicemus, vt accipiens reddat, in quantum locupletior factus est quod si probare non poterit actor, reus erit absoluendus: Plane cum cōdictio hæc sit ex bono & æquo *l. 14. & l. 66. h. t.* iniquum sit accipientem eum damno alterius fieri locupletiorem: siquidem plus soluit qui citius soluit *. plus autem 33. Inst. de act.* & aliis quoque casibus fructuum intermedii temporis habetur ratio *l. 3. §. 1. de legat. 3.* & commodi temporis *l. 24. §. 1. solut. matr.* & in repræsentatione debiti ante tempus commodum inest *l. 10. § si cum 12. l. 17. in fi. quæ in fraud. cred.* (facit *l. 22. §. 1. mand.*) quod etiam legatum alioquin inutile futurum vtile efficit *l. 82. de legat. 2. l. 1. §. 5. ad L. Falci. l. iunct. al. 88. l. 73. §. 4. l. 66. & l. 45. eod.* quæ scilicet eo pertinent vt, sicut in aliis, ita hic quoque commodi temporis, quod præsertim ad aliū reipsa peruenisse actor probat, ratio habeatur: quod etiam hoc argu. firmatur. Cuius consulto dati donatio est, eius per errorem dati repetitio est: atquin qui ante diem sciens soluit, donare censetur: ergo qui ante soluit per errorem, repetere potest. Assumptio probatur *ex l. 9. in fin. prin. de donat.* vbi dicitur, eum donare videri, qui paciscitur, ne ante certum tempus petat. Et euidentior erit huius sententiæ æquitas in aliis quibusdam rebus ante diem solutis, veluti fundo, ancillis, pecudibus, &c. & tamen Tr. nullius accessionis condictionem admittere videtur.

LIT. G.

} Quæ hic tractantur, pertinent ad explicationem *l. 16. h. tit.* cuius vulgata lectio in § 1 *quod autem sub incerto die debetur, die exsistente non repetitur:* non recte se habere videtur: Quia cum particula, autem denotet oppositionem, idem tamē de die incerto dicitur, quæ ante de cōditione erat responsum: licet aliàs sententia illius §. vera sit, si intelligatur & de die incerto, an & quando sit exstiturus. Cæterum emendatio Cuiacii illud in commodum tollit, eamque omnino exigit species legis sequentis, in qua proponitur dies incerta, quando, & quæ etiam pendente solutum non repetitur. Pessime autē Ant. Faber. quem sequitur Tr. nullam hac in re differentiam admittit inter conditionem & diem incertum: eum tamen *cum moriar* dies incertus sit *leg. 1. de condic. & demonstr.* & in hunc debitum solutum condici non possit *l. 17. h. t.* Et contra rectissime Bart. male improbatus à Tr. duas facit species diei incertæ, quando & an simul, & quando tantum. Neque facit pro Ant. Fab. quod in hac quæstione, itidem vt dies, conditio distingui videtur *in d. l. 18.* vbi proponitur conditio, quam certum est esse exstituram: etenim respondeo obligationem, quod est de essentia omnis veræ conditionis dies autem incertus in vtraque specie verè & proprie ita appellatur.

I*deo sub conditi ne.*] Cum dixisset in th. lit. F. si dubitetur, an temporalis, an perpetua sit exceptio, condictionem dari, subiicit in the lit. G *ideo sub conditione debitum ea pendente poterit repeti.* Quæ non recta videtur connexio & illatio: quippe quod his casibus cum nulla nata sit obligatio frustra quæratur de exceptione. Nisi forte Treutl. hoc per modum ampliationis proponere voluit, vt si vbi de perpetuitate exceptionis dubitatur, condictio sit, multò magis esse debeat, vbi nulla adhuc actio intentari potest.

THESIS VI.

Lit. A.

Duo extrema praestabit.] Haud scio an satis recte haec dicantur duo extrema, cum vtrumque sit ex parte agentis: & in rei vindicatione commodius extrema dicuntur probâda, dominium ex parte actoris, possessio ex parte rei, de quo *Dd in §. omnium. Instit. de action.* Porro si quod ait Tr. error probandus est verum non erit: quod statim subiicit, praesumi errorem]: siquidem praesumptio liberat ab onere probandi, & illud transfert in aduersarium. Et igitur si error praesumitur, probatio eius actori non incumbet: aut si incumbit, quod verius est, error non praesumetur, cum quisque debitum & obligationem suam scire praesumi debeat. Et aliàs quae in vtraque actione probanda sunt, ea praesumi non solent.

Quia agitur de damno vitando.] Dubium hoc facit, tum quia solutione dominium translatum fuit, tum praecipue, quod aliâs sequeretur contra ipsum Treut. ignorantia iuris solutum repeti posse, quia ea in damnis rei suae amittendae non nocet *leg 7 & 8 de Iuris & fact. ignor.* Neque aliud haben: Neoterici, quod ad illos textus, quibus Dd. etiam ignorantia iuris solutum repeti posse, probare conantur, respondeant, nisi quod indebitum condicturus, vt qui iam dominium amiserit proprie loquendo de damno vitando, & re sua amittenda non agat: de quo etiam *infra part. 2 disp. 4 th vlt.* Et hinc etiam non recte huc applicat *l. 22.* quae est de condictione indebiti: in qua tamen specie non tam in facto promissionis, quam potius in persona, cui promissum est error interuenisse mihi videtur.

Lit. B

Cum dixisset in princip th errore facti solutum esse oportere subiicit lit. B. in haec verba: *foemina tamen & pupillus, &c indebitum solutum repetunt.* In quo cum vtique & aliis repetat, nulla est oppositio: quae si aliqua esse debebat, dicendum esset personas ibi enumeratas simpliciter ob qualitatem personae, etiam errore iuris solutum repetere posse. Sed hoc ipsum tamen de singulis pariter praedicari non potest.

Foemina tamen.] Male haec cum caeteris personis coniungitur, quia non qua foemina, sed qua contra SCtum Velleianum in causa aliena interuenit condictionem habet: quod ipsum in exegesi subiicit Treutler. ibi *beneficium SCti ignorans,* quamuis nec haec vera concedendae condictionis ratio sit, sed quod SCto omnis obligatio improbata & infirmata est *l. 16 in fin. ad SCtum Velleian. & l. 9. C. eod.*

Lit. C.

Pupillus sine tutoris autoritate] Haec verba non repetit circa furiosum & prodigum: ex quo inferri possit etiam quod curatore autore à prodigo solutum est, repeti posse. Quod verum non est. Caeteroquin furiosus ipse non repetit, sed curator. Illud quoque addendum erat, quod nummi extantes possint vindicari.

Quia persona locum facit] Non recte hoc ad omnes personas, quarum in th. mentio facta est, referatur, quia hoc in foemina verum non est, quae tantum ex causa intercessionis soluti condictionem habet.

Nisi debitum solutum sit.] Inconcinna haec exceptio & limitatio est: quia non est de regula, quae in th. proponitur de iis, qui in debitum soluerunt. Sed Tr. confusim disputat. & in quaestionem plane diuersam delabitur, vbi à pupill. prodigo &c. debitum naturale & ciuile & simul solutum est. Addit autem statim ibid. *nisi debitum solutum debitor consumpserit* Vbi legendum est, *creditor.* quia vix est, vt respectu institutae actionis, quae praesertim hic nulla est accipiens debitor dici possit. Sed & addendum erat, quod hoc casu nummis etiam non consumptis cesset condictio, licet eorum sit vindicatio.

Lit. D.

Negat hic interesse, an ipse, an pro eo alius indebitum soluat. Quod intellige, si ille pro quo solutum est, habeat ratum, caeteroquin ipse soluens condicet, *vide l 6. in prin h tit. & l. 16 & 22 in pr rem ratam haberi.*

An ei hac condictio] Proponitur hic quaestio, an ei detur condictio, qui ad antidora obligatus erat accipienti, quae quaestio otiose & odiose repetitur thes. 9 lit. A Caeterum in hac quaestione ita distinguendum est, quod aut obligatus simpliciter soluit, aut soluit remunerandi gratia Priori casu condictioni omnino locus est, quia inter dantem & accipientem nullo modo hoc agitur, vt obligatio inuicem contrahatur, vel vt donans aliquid recipiat, quod alias beneficium non foret, vt recte Duarenus hic capite 6. Deinde si quae est obligatio ad antidota, ea admodum incerta est, neque definiri potest quid quantumue pro beneficio solui aut solutum debeat retineri Nam pro diuersitate temporum, locorum & personarum, beneficia diuersimode

.xeget. ...rans, qui.

diuersimode æstimari constat: quin imò animus est qui reuera æstimat & perpendit beneficia: sicut ex aduerso interest, quo animo, qua propensione & intentione beneficium fuerit datum. Neque obstat *l. 10. §. fin. mandati* quæ dat mandati actionem fideiussori, cui à creditore remunerandi causa accepta fuit lata obligatio, vt proinde intelligi oporteat abesse aliquid ei, qui debitorem beneficii amisit. Etenim respondeo, hanc esse decidendi rationem, quod in ea specie fideiussor intelligatur soluisse creditori, quia omnis acceptilatio solutionis vice est, & quo minus sit causa acceptilandi non facit, & per fictionem breuis manus perinde habetur, ac si pecunia à fideiussore soluta creditori, quo ipso puncto actio mandati quæritur, à creditore remunerandi causa fideiussori reddita fuisset. Neque verò hoc prodesse debet reo, cui per acceptilationem istam creditor non voluit consultum. Non obstat etiam comparatio Donatarii. & liberti, qui operas, quas patrono soluit citra vllam conuentionem, condicere non potest, *l. 26. §. 12. de condict. indeb.* Responderi potest, quod libertus grauius adstringatur patrono, quem etiã ex parte habet successorem cum etiam alias manumissi patronis operas promittere soleant, & ICtus *in d. §. 12.* sententiam illam ad operas officiales restringit, fabrilium autem condictionem concedit. Et proponitur insuper libertus ibi expresse soluisse in causam operarum, adeoque aut remunerari voluit & non repetit: aut putauit se ad faciendum id teneri, & quia in iure errat itidem non repetit: nos autem versamur in casu, vbi quis simpliciter soluit. Denique obiicitur *d. l. 26. in prin. h. tit.* vbi dicitur, si quis vsuras indebitas soluerit, modo sortis debitæ, repetere eum non posse: qui locus rectius accipitur de vsuris omnino indebitis cũ Roberto 2. sentent. 16. vbi ait, vsuras illas pro gratuito vsu sortis, remunerationis causa solutas videri. Responderi potest, nec male omnino locum illum ab Accursio de vsuris pacto promissis explicari: quamuis etiam Duar. hic cap. 4. quod loco vsurarum solutum est, in sortem imputari putet: accedit quod vsurarum modus certus legibus constitutus, obligatio autem ad antidota plane incerta: sed & intelliguntur ibi solutæ non simpliciter, sed tanquam vsuræ. Posteriori casu, quo remunerandi gratia soluit, subdistinguitur: quod aut donandi animo soluit, & certum est, cessare condictionem: aut putans se ad remunerandum adstringi, & ita per errorem & ignorantiam iuris soluit: de quo casu disputant Dd. & à Treutl. pro diss. allegati Zasius & Couarruv. Illi videlicet Dd. repeti volunt, quod ex communi sententia ignorantia iuris vbi naturalis obligatio non subest, condictionem non inhibeat: atqui huiusmodi obligationem pro nulla esse non immeritò Dd. contendunt: hi vero negant repeti, quod vtrique obligatio ad antidota, licet effectus iuris non habeat, vinculo tamen æquitatis nitatur, quo respectu etiam naturalis dicitur *in l. 25. §. 11. de petit. hered.* & ipsa æquitatis ratio, ex qua condictio hæc descendit *l. 66. h. tit.* accipientem defendere videtur. Ex quibus apparet, inaduertenter hic lapsum, imo sibi contradicere Tr. qui cum ignorantia iuris soluenti contra Dd. repetitionem deneget, hoc tamen casu cum Dd. concedit, neque animaduertit communem Dd. hac in re sententiam, hoc vnico fundamento, quod ignorantia iuris hic non obsit, subnixum esse; ipsius autem sententiæ, qua errore iuris solutum repeti negat, hic quoque condictionem negare consequens erat.

THESIS VII.

LIT. B.

Tractatur hic quæstio, an condictioni sit locus, si quis soluerit, quod aliis debebat. Et Tr. vtitur vulgata distinctione, an solutum fuerit nomine alieno debitoris an proprio, vt hoc casu non etiam illo condictio concedatur: ita post Dd. Zas. 1 antinom 14 Cuiac. 8. obseru. 9. & in l. 18. §. 2. de solut. tracta. 7. ad Africam & in l. 3. hoc tit. libr. 28 quæstion Papin Duaren hic c. 8. per l. 7. 36. in fin. l. 44. & l. 65. § vltim hoc tit.* dubium mouet *l. 19. §. 1. h. tit. iuncta l. vlt de negot gest.* ex qua probatur, heredem verum liberari, & dari negotiorum gestorum actionem, quæ non daretur si locus esset repetitioni, quod ibid. notat Anton. Fabr. siquidem posito iure repetendi, non potest dici nata liberatio, quæ tamen adstruitur *in d. l. vltim.* sed negatur *in d. l. 19. §. 1.* quam Dd. diuinatorie explicant de casu, quo possessor hereditatis nomine proprio soluit. Possit hic etiam distingui, an quis soluerit cum nondum esset in possessione hæreditatis tanquam heres futurus, an cum iam esset, item an ex suis bonis soluerit, an ex hæreditate an soluerit verum debitum, an non verum, velut legata ex testamento, quod postea falsum aut inofficiosum apparuit, de quo casu *in l. 23. hoc tit.* Et denique an soluerit debita hereditaria, an debita ex testamento velut legata aut fidei-

Tandem etiam hoc adnotamus, non esse perpetuum, vt quicunque petitionem alterius excludere potest, soluti habeat condictionem: quod accidit in naturaliter tantum obligato, qui exigi non potest, solutum tamen non repetit.

THESIS IX.

LIT. A.

Ex causa igitur.] Referendum est hoc ad lit. D. th. praeced. vbi traditur indebiti loco esse, quicquid non ex bono & aequo debetur.

Hic disputatur.] Otiose hic repetitur quaestio tractata th. 6. lit. D. vbi eam explicauimus & Tr. errorem notauimus.

LIT. B.

Tractatur hic difficilis quaestio ad explicationem *leg frater à fratre 38. hoc tit* Vbi primo quaeritur, an obligatio inter duos fratres sub eadem potestate acquiratur omnimodo patri. Quod affirmat Treutl. & ait, quod obligatio naturalis tam creditoris ipso iure quam debitoris ex aequitate patri sit acquisita. Quam oppositionem ego non satis capio, neque video, cur illi potius ipsi iuri, hoc aequitati tribuatur: neque etiam quomodo dicatur acquiri obligatio debitoris: quoniam ita ius est, vt creditor sibi obligationem adquirat, quae & nulla alia potest dici acquiri patri: alias si debitoris etiam transiret in patrem, sequeretur, quod hic & acquireret obligationem & obligaretur, & ita simul esset debitor & creditor: quod vtrumque admitti nō potest. Sed & Treutlerus hanc acquirendi rationem non satis bene pro ratione decidendi accommodat ad proxime praecedens, quā fratrem non repetere statuit: cum tamen si obligatio omnino patri fuisset acquisita, ratio qua in thesi vtitur de obligatione naturali inhibente repetitionem nulla esset, & ei quoque quod de obligatione duorum fratrum ead. thes proponitur, male applicaretur. Caeterum quod ipsam rē attinet, verius est, obligationem naturalem in persona duorū fratrum eiusdem potestatis consistere eum qui mutuo accepit naturaliter obligari colligitur, quod haec obligatio ex facto & consensu oritur, neque pater naturaliter aut pecuniam accepisse aut consensisse dici potest. Quod firmatur exemplo serui, qui contrahens ipse naturaliter obligatur, & actio de peculio, quae contra dominum detur non ex obligatione aliqua, sed magis datiua est ex edicto praetoris, quod docet *leg. 50 § 2. de peculio.* Sed & amplius verius puto, quod frater qui pecuniam mutuam dedit, obligationem naturalem in suā personam acquirat, iisdem rationibus. & de seruo hoc docet *leg 14. de obligation.* & sicut dominica ita & patria potestas impedire nō possunt, quo minus naturalis obligatio nascatur. Probatur haec sententia *ex princip. d l 38. hoc tit.* vbi dicitur, solutione post mortem patris facta vel perceptione partis peculii, obligationem naturalem sublatam videri. Neque obstat *l 9. § 2 & 3. de pecul* vbi dicitur domino deberi, quod debetur his qui sunt in eius potestate: etenim hoc ipso quod his quoque deberi dicitur obligationem agnoscit ICtus, quae non potest esse nisi naturalis: & dicitur deberi domino respectu effectus ad hoc, vt conuentus dominus actione de peculio illud deducere possit. Non obstat etiam quod quicquid acquirunt, qui sunt in potestate, statim ad dominum vel patrem transire dicitur, adeo vt nec momento in ipsorum persona cōsistere videatur *argum. l. placet. 7. c. d. acquirend. heredi.* quia respondeo hoc obtinere in iis, quae iuris sunt non facti. *arg. pr Inst. de stipul seru.* & respici in eo effectū iuris, quod & dominium & agēdi ius patri vel domino acquiritur, facit *l. qui haeredi. de condit. & dem l. 38 §. hi qui. de Verbor. Obligationibus. l. 18. d reg. iur. l. 3 §. si quid n. mori de miner.* Eoque pertinet, quod pater & filius pro vna persona haberi dicantur. Facit quod pater naturaliter obligatur filio *l. 38. §. quaesitum h tit* & filius patri *l 9. § praeterea de peculio. l 6 de pecul. legat.* vt multo magis frater fratri obligari possit: licet illud admittam facile, quod commodum etiam naturalis obligationis ad patrem pertineat, nec repugnabo, quo minus hoc respectu obligatio naturalis in patrem transire dicatur, quod recte etiam notat *Pacius in d l 38* Porrò de hac ipsa re ita disputat. Tr. vt dicat obligationem naturalem sublatam tum pro parte qua patri heres extitit frater, tum pro parte, quae ad fratrem peruenerit: quia cum obligatio & creditoris & debitoris patri acquisita sit, ea partim confusione partim perceptione tollatur. Hactenus Treutl. sed minus recte, tum quia patre iam mortuo, quod ipsi obligatio quaesita fuit, ad eam tollendam facere non potest, sed omnino de ea, qua mortuo patre in persona filii subsistit, tollenda, quaerendum est, de quo etiam quaeritur *in d. l. 38* tum quia ita loquitur Treut. quasi pro parte respectu creditoris, pro parte respectu debitoris obligatio tollatur: quia tamen

men de obligatione, qua debitor obstringitur tollenda disputatur. Et vt addamus aliquid ad explicationem *l.38. h. tit.* quæritur in eius pr. si frater à fratre pecuniam, scilicet ex eius peculio profectitio viuo patre mutuatus, post mortem patris diuisa hæreditate, diuisis etiam peculiis, ita enim casus ponendus est, soluerit, an habeat repetitionem Respondemus cum Africano, pro ea parte qua heres extitit patri, omnimodo repetiturum, quia etiam si mutuum à fratre non accepisse, tamen mortuo patre confusio cum hereditate peculio dimidiam partem iure hæreditario accepisset: & igitur obligatio pro parte confusione sublata est. Pro altera vero parte non omni modo repetiturum, sed ita demum, si non minus ex peculio suo ad fratrem creditorem peruenerit: id est, si tantum summam, quantam a fratre mutuo accepit, tempore diuisionis in peculio contulit, & ita hanc quoque alteram partem debiti expunxit Cum enim hoc modo in ipsa diuisione peculii debitum suum frater consequutus sit, compensatione omnino obligationem sublatam dicemus, & totius quod postea soluit frater repetitionem dabimus, cum etiam frater creditor propter summam à se mutuo datam, minus in peculio contulerit fratri debitori. Quod si v. tantam summam in peculio frater debitor non contulerit, sed debitum aut forte etiam plus consumpserit vel suppresserit, pro altera illa parte, ex qua frater creditor heres extitit repetitionem denegabimus, quia pro ea parte obligatio naturalis sublata non censetur. Vt res exemplo apertior fiat, ponamus, ex duobus fratribus singulos in peculio habere XXIV. Si res in eod. statu maneat, in diuisione hereditatis singuli à singulis ferent XII. Pone, viuo patre primum à secundo mutuo accepisse XII. post mortem patris eadem XII. in peculii diuisione contulisse: eueniet ita vt secundus ex peculio primi, quod mutuo est XXXVI. cōsequatur XVIII. primus autem ex peculio secundi, quod propter mutuum datum tantum est XII. solummodo ferat VI. qui tamen mutuo non dato XII. accepisset. Atque ita hoc casu cum & iure confusionis, in VI fit extincta naturalis obligatio, & pro altera parte tantundem videlicet VI. in peculio cōtulerit primus, merito si postea per errorē prim⁹ XII. viuo patre mutuo accepta soluat, ea in solidū repetet, VI quidem pro parte qua heres extitit, & reliqua VI. pro parte, quæ in peculio contulit: & ex aduerso secundus, qui in diuisione peculii & hereditatis paterna totum debitum naturale consequutus est, sublato hoc modo tota naturali obligatione: nulla ex parte debitum illud naturale per errorē sibi solutū retinere potest. Quod si vero summam mutuo acceptam nempe XII. in diuisione peculii frater nō contulerit, & postea XII. per errorem soluerit, dimidiā tantum partē, pro qua parte heres extitit, repetere potest, quippe quoad alteram partem obligatione, quæ per compensationem extincta non fuit, integra adhuc subsistente, & cōdictionē inhibēte: quippe ꝙ propter mutuum a se consumptum aut suppressum frater creditor minus in diuisione cōsequatur, videl. ex peculio fratris debitoris tantū XII. & ex suo per mutui dationem diminuto, tantum VI. cum tamen peculio vtroq., quod in singulis fuit XXIV integrum manēre, ipse XXIV. habere debuisset. Ex quib. patet error Hott. qui in *pr d. l. 38. h. t.* putat addita negatione legendū, *pro ea parte qua patri heres extitisset, non repetiturū*: cui⁹ quidem erroris illam causam esse apparet, quod sine vlla ratione probabili, imo contra rationē contendit. Hott. nullam eius quod secūdus primo credidit rationem duci aut haberi oportere, quasi ex mutuo data apud primum periissent: cū tamen vtiq; ea in commodū patris vertisse, aut alias integra in peculio retinuisse, aut expensa restituisse potuerit.

THESIS III.

LIT. A.

Ait cessare hanc condictionem, si ex causa iudicati solutum sit, & subiicit in allegatis, *siue iudicio versus debitor absolutus sit.* Omnino male, siquidem absurdū est dicere, quod debitor absolutus soluat ex causa iudicati Et pertinet hoc ad eam regulam, qua naturalis obligatio inhibere dicitur soluti repetitionem. (quam obligationē nō tollit res iudicata) & exceptionem habet ad regulam traditā *th. 4 infr.*, qua cō dicere dicitur, qui tutus exceptione perpetua soluit, quā etiā exceptionem nominatim ibid proponit Tr. ille autem casus huc pertinet, si cōdēnatus soluerit, licet non fuerit verus debitor: quāuis ratio subiecta, ꝙ res iudicata pariat ciuilē obligationē, non sat cōcludat: quia mera ciuilis obligatio ad retinendum sufficiens non est. Ideoq; addendū erat, quod pariat obligationē ciuilem efficacē, quæ non elidatur exceptione, cum res iudicata pro veritate habeatur: quæ etiam ratio est iurisiurandi, vt condicere nequeat contra quē iuratū est Et proinde hæc non satis bene tanquam singularia, & exceptiones, ponuntur, cum liquidū sit, eū qui iure efficaciter conueniri & exigi potest.

test, multo minus soluentem cōdicere. Possit tamen casus aliter formari, vt v. c nō cōdicat, qui soluit tanquam ex causa iudicati, licet reuera iudicatum nō sit: tum propter autoritatem rei iudicatæ, tum quia hic lis crescit propter inficiationem, ex cuiusmodi causa solutum non condicitur, vt ipse tradit Tr. lit. D. (vbi tamen improprie loquitur, non condici solutum ex causa inficiationis:) quomodo etiam vt est lit. C ex causa transactionis solutū non repetitur, licet res nulla media fuerit *l. 65. §. 1. h. t.* Et omnino ambiguitate laborat hæc propositio Cessare condictionem si quis ex causa iurisiurādi soluat: quia cessat cōdictio, si soluatur ei qui iurauit sibi deberi: minimè autem cessat: si solutum sit ab eo, qui iurauit se non debere, cum huic & exceptio perpetua cōpetat, & naturalis obligatio per iuramentum soluatur *l. 95. §. 4.* & solut in quib. adeo terminis male res iudicata & iusiurandū cōiunguntur. Eadem transactionis ratio est, vt qui transactione liberatus soluit omnino condicat, non autem si solutum ei, cui ex causa transactionis etiam putatiue debebatur.

LIT. F

Si pœnæ nomine.] Apparet ex textibus allegatis, quod à Tr. diuersi casus confundātur, velut in specie *l. 19 in pr. & l. 42. h. t.* Hæc ait pœnas depensas nō repeti, quod exēplis illustrat *Cuiac 8 obs. 39.* Illa vero ait, si pœnæ creditoris causa, debitor liberatus sit, naturalem oligationē manere, & ideo solutum nō repeti: quia casus ab illo omnino est diuersus, vt res ipsa loquitur, & exempla ab Acc. ad *d. l. 19.* notata docent, & summa eius leg à Iaf. Sal Castrens. ibid. tradita: quod liberatus ex aliqua dispositione legali inducta in meram odiū debitoris, naturaliter maneat obligat. s

LIT. G.

In th. hæc verba proponuntur, quod cōdictio hæc 30. annor præscriptione elidatur: & in exegesi hæc limitatio siue explicatio subiicitur, *si indebitū à domino solutum ignoranter fuerit acceptū.* Vbi nō disputabimus, an beneficio præscriptionis tollatur, ā elidatur actio & obligatio, de quo agitur inf. p. 2. disp 19. sed si verba Tr. sequimur, hoc efficitur, quod si indebitum sciens acceptū sit, vel à non domino solutum, cōdictio hæc 30. annis non finiatur. Quod quidem perspicue falsum est, cum ex *l. 3. C d. præscript. 30 annor & l. 1. C. d. annal exc.* omnes actiones citra tituli vel bonæ fidei considerationem, non iure aliquo acquisitionis, sed solo & simplici temporis lapsu excludantur & finiantur. Sed nimirum quod ex allegatis apparet, diuersissimas quæstiones Tr. cōfundit. Disputant illi, an accipiens indebitum solutum sciens, si modo soluentem dominū esse putet, rem acceptam vsucapere possit: quod putat Bart. & post eum defendi posse existimat Iaf. quod accipiens non committit furtum: & possit videri satis esse ad usucapionem cōtra tertium, quod accipiens soluentem dominum esse putauit: & adeo disputant de casu soluens non dominus fuit, cum tamen Tr. soluentem dominum esse velit, & adeo sententiam Dd. non perceperit. De eo autem minime Dd. dubitant, quin cōdictio indebiti præscriptione tricēnali tollatur. In eo autem citatum Zasium manifeste labi existimo, quod ex *l. 13. §. 1. h. t.* accipientem vsucapere quidem affirmat, si in bona fide fuerit, verum vsucapere non sibi, sed ei qui soluit: ex inepta ratione, quod *in d. §. 1.* non obstante longi temporis præscriptione condictionem dari respondetur. Enim verò longe alius illius loci sensus est videlicet, quod sicut vsucapio non tollit ius pignoris, *l. 1. §. 2. de pign.* ita quoq; non tollit ius cōdicendi, quoniā actio personalis, ex ratione iuris antiqui perpetua, siue vsucapione, siue longi temporis præscriptione nequit: & quod dominium penes accipientem est, non potest impedire condictionem indebiti, quæ contra dominum datur, & vt maxime statim dominium translatum sit, locum habet.

THESIS XI.

Ait condictionem sine causa esse ex promutuo. Quod non recte dici initio huius disp. notauimus. Ait eam dari, etiamsi causa sequuta nō sit: Vt intelligamus, sicut condictio indebiti, ita & hanc condictionem sumi in specie & in genere, ita vt cum aliis condictionibus concurrat, quod recte ipse proponit Tr. lit. B & lit C refert quatuor casus, quibus condictione speciali sine causa opus est, 1. vt repetatur chirographum pecunia non numerata. Vbi tamen videri possit locum habere condictio causa data Sed dicam pro Tr. eam in specie locum habere, vbi quid datur pure, vt aliud quid detur & fiat, chirographum autem sub conditione vel sub hoc modo dari videtur, vt pecunia numeretur: quo non sequuto incipit res sine causa penes accipientem esse. Ad secundum exemplum de fructibus consumptis à malæ fidei possessore possit addi & illud de fructib. perceptis á bonæ fidei possessore, & adhuc extantibus: quippe victa re, & probato possessorē dominum non esse nec fuisse, apud percipientem sine causa esse videntur. Quartū exemplū est *in l seru. 30 vers. sec d act. ept.*

THES,

THESIS XII.

LIT. A.

Vt fur & possessor.] Ait furem teneri hac condictione, vt furem & possessorem. Quod posterius verum non videtur, quia vt possessor teneatur rei vindicatione, & condictio hæc actio in personam est, quæ etiam consumpta citra considerationem possessionis datur.

Dico furem teneri.] Verba hæc sunt: *furem teneri rei vindicatione vt possessorem*: quod &, *verum est, vt absque pretii restitutione ab alio quouis possessore &c. vindicare rem possit.* Quod contorte & vitiose proponitur: quia aliud est teneri furem ipsum, aliud possessores alios, qui non propter furis, sed propriam possessionem rei vindicatione tenentur: quod scil. Treutl. dicere voluisse. sequentia confirmant, quod possessor titulo emptionis etiam sine pretio rem restituere teneatur. In quo tamen vix dubitandi ratio est, cum hæc sit certa & perpetua actionis in rem natura, vt probato dominio res quocunque possessa titulo veniat restituenda.

LIT. F.

De origine vero.] Proponit hic quæstionem, vnde descendat condictio furtiua: & ipse duas opiniones proponit, alteram communem, quod sit ex maleficio, alteram Saliceti, quod oriatur ex variis causarum figuris: quæ licet Tr. probata & inepta videtur, tum quod controuersiam an condictio hæc ex delicto descendat, nec ne, non decidit illa sententia: tum quod cum Sal. hanc opinionis suæ rationem reddat, quod oriatur ex delicto ex parte rei, & simul ex dominio vel quasi ex parte actoris. attamen ex variis causarum figuris ortis *in l. 1. in pr. d. obl* significat diuersos plurium actionum fontes, minime omniū autem, quæ vna eademque actio ex duplici causa oriatur. Sed & siquidem ex parte rei ex delicto oritur, vtique ex delicto & maleficio eam oriri verum est. Mihi hæc actio datiua potius quam natiua videtur, quippe cum detur contra rationem iuris domino contra non dominum: & actionum ex delicto hoc proprium est, vt ad vindicandum delictum sint comparatæ, cū condictio ista quod ex patrimonio nobis abest, prosequatur; sicut & actiones ex contractu ob dolū defuncti in hæredes dantur. neq; tamen ex delicto aut dolo esse dicuntur. Et videtur hæc cōdictio quasi iure dominii ad instar vindicationis competere, hoc speciale habens, vt etiam re perempta detur, & contra hæredem non possessorem, & quod odio furum introductū sit, ipsum ex delicto eam non esse arguit. Ex quo fit, vt cōductori vel aliis, quibus tamē actio furti ad vindicandum delictum conceditur, at condictio furtiua denegetur & soli domino datur *l. 1. d. cōdic furt. l. 14. d. furt* itemq; vt contra eum, cuius consilio furtum factum est condictio furtiua non detur *l. 53 inf. d. verb. sign.* cum tamen actione furti teneatur: de quo *infr. p. 2 disp. 30.*

LIT. C.

Condictionem furtiuam hic ita distinguit, quod alia sit certi, alia incerti. & quidem ab ipsa re, quæ furto sublata fuit: & tamen has ita inter se opponit, vt illa tantum domino, hæc etiam bonæ fidei possessori detur. Quo posito necessario sequitur, distinctionem hanc non recte à rei qualitate peti: quod alias etiam, qui bona fide rem certam possedit condictione certi recte experiretur.

THESIS XIII.

LIT. B.

Verum esse non potest, quod hic in genere affirmat contra quemcunque possessorem rei ex non iusta causa, condictionem furtiuam dari. Nam præterquam, quod in re immobili hoc procedere non potest, etiam absurdum videtur, vt quæuis causa iniustitia inducat furtum. Sed & exemplum ex *l. 4. §. 1.* non satis quadrat: vel quia fortassis locus ille non recte de condictione furtiua explicatur, vel si de ea explicandus est, creditor non tanquam possessor, sed simpliciter tanquam fur tenebitur: & ad fundandam actionem personalem possessione opus non est.

LIT. B.

An dari aduersus hæredes quatenus hæredes sunt: quod explicat in exegesi, non in quantum ad eos peruenit, aut quatenus facere possunt. Vbi plane abutitur hac posteriori phrasi: quia in quantum facere possunt, dicuntur teneri certæ personæ, quæ habent beneficium, siue exceptionem, quam vocant competentiæ: & minime hæc synonyma, sed diuersissima sunt, teneri vltra id quod peruenit, & teneri vltra id, quod quis facere potest. Cæterum quæstionem illam, an condictio furtiua detur in hæredes in solidū, an in quantum ad eos peruenit, tum quod vulgata satis est, tum ꝙ ab hoc loco paulo alienior plenius hic exequi animus non est: hoc saltem dicere libet, distinguendum hic esse inter actiones ex delicto etiam rei persecutorias; quod aliæ persequantur instar cuiusdam vindicationis, quod ex patrimonio nobis abest: aliæ vero ipsi

ipsi delicto & dolo quodammodo vindicando comparatæ sunt: ex quo responderi potest *ad l 7. §. vlt. cum l. seq de tribut. act. l. 4. §. vlt. cum l. seqq. §. 6. & 7. de alienat iudic. mut* cuius generis actiones licet rei persecutoriæ sint, in hæredes tamē in solidum non dantur: quia vt dicitur *in d. l. 7. d alienat. iudic. mut.* videntur ex delicto dari: ex quo dicitur differentia inter has actiones & cōdictionem furtiuam, quæ simpliciter persequitur, quod nobis abest, & vt paulo ante probatū ex delicto non est. Plane nouam distinctionem proponit hic *Perennon. 2. animadu. 7.* an condictio furtiua competat ex causa contractus bonæ fidei, veluti si commodatarius vel depositarius contra legem conuentionis re fuerint vsi, an ex alia causa: vt non hoc, sed illo demum casu actio in solidum in hæredes detur, sicut aliàs ex causa doli à defuncto commissi hæredes in solidum conueniuntur.

LIT. G.

Non recte simpliciter ait, si res restitui non possit, præstari quod interest: siquidem etiam iurabitur in litem *l. 9. d. in lit. iurand.* quæ communiter de condictione furtiua explicatur, licet ei etiam in actione furti locum esse probet *Ant. Fab 16. coniect 11. & 12.*

Ideoque æstimatio.] Ex eo quod in th. ait, interesse præstari, non recte infertur, æstimationem eius temporis fieri quo res vnquā plurimi fuit. Cæteroquin sententia ipsa probatur *ex l. 8. §. 1. d. condict. furt.* & ex ratione non obscura, quod cū ex ratione iuris fur sit in perpetua mora, merito eius temporis ratio ineunda est, quo vnquā à die commissi furti res pluris fuit. Contra quā tamen sententiam disputat *Ant. Fab. 16 coniect. c. 11.* & contra verba tum etiam rationem subiectam *in dict. l 8 §. 1.* Vlpianum ita explicat, vt tantum spectetur tempus litis contestatæ vsque ad sententiam motus vnico textu *in l 2. §. 3. d. priuat.* vbi idem Vlpian. ait, quod condictio furtiua non egrediatur retrorsum iudicii accipiendi tempus. Sed facilis responsio est iudicii accipiendi tempus significare ipsum tempus delicti commissi, quo nascitur actio, & iudicium accipiendum dici potest: neque ICti vnquam tempus litis contestatæ, tempus accipiendi, sed accepti iudicii appellare solent. Confirmatur hoc ex oppositione quæ fit *in d §. 3* condictionis furtiuæ & actionis *l Aquil.* in qua ita ius est, vt temporis quod delictum antecessit, ratio habeatur, & quanti res retro vel 39. diebus proximis vel toto anno fuit: in condemnationem deducatur: secundum quam explicationem elegantior erit damni dati & furti oppositio Et facit contra Ant. Fabr. quod *in l 13. d. condict. furt.* etiam cælaturæ, quæ furtiuis poculis imposita est, quod vtique non demum post litem contestatam factum videri potest, æstimatio præstanda dicitur.

Ad.

DISPUTATIO XXIII.

DE CONDICTIONE EX LEGE ET TRITICIARIA, &c.

THESIS I.

LIT. A.



Actenus condictiones magis speciales.] Atquin condictio etiam indebiti & sine causa generales sunt iuxta notata *th. præced nisi quis,* inter gradus generalitatis, vel generalitatem causæ & obiecti distinguat.

LIT. B.

Cum dicimus condictionem ex *l. verba ex lege,* materialiter esse accipienda, ait, non vero vt denotent causam efficientem. Verum nihil obstare videtur, quominus etiam hanc denotent, cum vtique quod ipse Treutl. fatetur, condictio hæc ex noua lege & obligatione descendat. Et ita sane est, vt ea pariter cū aliis ex l. sit, sed quia proprium nomen nō excepit nomē sibi generis sumpserit: sicuti cum actionem ex stipulatu, qua in certum petitur, dicimus, causam simul agendi significamus. Et ita sic quoque verba *ex lege* denotabant, & causam efficientem & nomen actionis: quod posterius bene probatur *ex l. vn. in fin. d. condict ex L.* ibi, *ex lege agendum est:* quibus verbis nisi nomen actionis significaretur, vitiosa esset oppositio ad alias actiones, quæ ex ipsa lege nomen acceperunt, & per quas haud dubie ratione causæ efficientis etiam ex l. agitur.

LIT. C.

Legem hic pro omni.] Ait se legem pro omni constitutione accipere, quæ statim vt lata est.

obtinet vim legis. Quod quale sit, non satis capio, quia de essentia est omnis legis; vt statim vbi lata est, vim suam obtineat.

Talis est hodie.] Nimis ita restringitur materia, ad has speciales constitutiones. Sed & cum condictio hic actio sit, qua aliquid petimus & repetimus, non videtur hoc ad constitutionem fractæ pacis posse accommodari. Deinde cum loquatur de superiori legem ferente, constitutiones illæ non ab Imperatore solo, sed simul à statibus Imperii latæ sunt.

Quod igitur de cæterorum.] Statuta Principum Germaniæ cum iure prætorio, & quidem antiquo proprie dicto, & secundum originem suam considerato comparat, post *Iasonem in leg. 5. Codic. de iudiciis. col. 5. in princ.* & inde magis patet, quod Treutl. edicta prætorum legibus opponit, cum illa alias vt ab Hadriano & Iustin. confirmata omnino vim legem obtineant. Verum ego statuta horum principum potius legibus annumeranda, & ex iis condictionem ex lege oriri censeo: vel ex hac sola sed solida ratione: quod non edicta prætorum nudo magistratus iure ferentur & deferentur. Principes Germaniæ, qui quantum Imperator in Imperio, tantum & plus in territorio suo possunt, non simplicis magistratus, sed iure superioritatis, & Regalium, imo etiam quodam iure Maiestatis statuta in prouinciis suis condunt. Etenim principum horum potestas iam est perpetua, irreuocabilis, iure quodam regio competens, & quædam & ἀυτοκρατορία, & obtinent illi ditiones dignatione regia, habent iura regia, & omne ius superioritatis, & eam ratione subditorum potestatem, quam Imperator, & illorum respectu par ius habent cum eo, qui superiorem non agnoscit, & cum ipso Imperatore & Regibus sunt comparandi, & in terris suis regalia & iura Maiestatis habent & exercent, & nominatim ius condendi & mutandi leges, quas etiam Imperialis Camera in iudicando attendere tenetur: adeo vt in hos principes etiam crimen maiestatis, licet non ead. grauitate pœnæ puniendum, committatur: sicuti hæc omnia fusius explicantur *ab And Knich. d. sublim. territ. iur. c. 1. n. 64. & n. 216. & n. 288 n. 401. n. 419. c 2. n. 3. & 4. & in tract. d. Saxon. iur. non prouocandi. verbu Ducum Sax c. 1. n. 64. vsque ad fin.* vbi quamplurimos adducit *& c. 5 n. 6. & seqq. & in d. tract. d. territ iur c. 1. n. 355. 391. & 397 Alciat. reipubl. 12. num. 11. lib. 3 VVesemb. consil. 27. num. 28. Zas. in l. 3 de iurisd. num. 27. Scip. Gent. lib 3. d. iurisd. c. 23. & 29. Schrad d. feud. part. 10 sect. 1. num. 30.* vbi infinitos allegat. *Obrecht. d iurisdict. cap. 4. num. 16. Bald. in l. donationes quas Cod. d. donation. int. vir. & uxor. & in l. fin. Cod. d. test. milit. Alexand. consil 1. num. 29. vol. 5. Paul. d Castr. part. 2. cons. 34. numer. 1 & in l si clericus. num 6. in fin. Cod. de Episcop. audient. Roland. à Val vol. 1. cons. 88. num. 1. & 28. Coler. d. proces. executiu c. 1 num. 150. & seqq. Modest. Pistor vol. 1. cons. 24. num. 1. VVesemb cons. 1 num. 39. Pruckman. cons. 13 n. 73. vol. 1. Decian. cons. 56. num. 2. vol 5. Pauermeist. lib. 1. d iurisd. c. 6. num. 2. vol. 5. VVarmundt ab Ehrenberg in verosimilib. c. 1. num. 17. Clar lib 5. §. læsa maiestas num. 3. Alex. lib 6. cons. 13. num 2 Knich d territ. iur. c 1. num. 197. & c. 3. n. 260. & d iur non prouoc verbu ducum Sax. c 5. num 477.* Quæ addi possunt iis, quæ supra *disp. 3. th. 6* de iure & potestate princip. German. notata & disputata fuerunt.

Vt summatim dicam.] Obscure hic loquitur Treutl. quod condictio hæc non descendat ex iure gentium, quia eius occasione præscriptis verbis actio detur. Equidem ex obligatione iuris gentium, ita enim potius loqui debebat, etiam aliæ actiones, & ex aliqua, nulla actio nascitur, argum. *l. 7 de pact.* Et Tr forte hoc sentit, quod sicut deficiente nomine actionis ex causa obligationis ciuilis condictio ex lege competit: ita deficiente nomine actionis ex causa obligationis iuris gent. detur actio præscriptis verbis, videlicet quatenus de obligationibus etiam iuris gentium ad rationem iuris nostri ciuilis disputatur. Eoque pertinere videtur, quod de iure prætorio subiicit, de actione in factum subsidiaria: hoc videlicet sensu, non quòd ex iure prætorio sola hæc actio descendat, sed quæ ex causa obligationis, vt ita dicam, prætoriæ, si nulla ordinaria prætoria actio sit, recurratur ad istam subsidiariam. Atque ita secundum tria obligationum, ex diuersis iuribus genera, tria erant etiam genera actionum subsidiariarum: actio præscriptis verbis, condictio ex lege, & in factum prætoria. Ratio autem cur actio ista in factum, non dicatur condictio ex lege, expedita est, quod prætores potestatem condendæ legis minime habuerunt, licet postea edicta à Iuliano collecta, autoritatem legis ab Hadriano acceperint: ita tamen, vt quod ex iure nostro apertissimum est, naturam quodammodo originis suæ retinerent: quod Hadrianus potius autoritatem eorum perpetuam fecit, quam vt reuera autoritatem & potestatem iuris ciuilis iis tribuerit. Plane edicta qua talia nunquam leges

leges fuerunt, nec reuera potestatem legis habuerunt, nisi postquam Iustin. speciale robur iis adiecit: ideoque caute accipiendum est, quod ait Treutl. edicta prætorum non statim vim legum habuisse.

Lit. D.

Lege aliqua noua.] Obiicit hic Accurs. quod etiam ex veteri lege condictio hæc detur, velut in specie *l. si postulauerit.§ fin. cum l sequen de adulteriis* & dupliciter respondet, vel quod verbum, *noua in l. un. h. tit.* determinet verbum *obligationis*, vel quod respectu vetustissimæ legis XII. tabb. omnis lex eam sequuta dicatur noua: quod referunt & sequuntur *Castrens. & Salicet. ibid.* & admittit ipse Batt. & L. XII. tabb. nominatas & legitimas actiones introduxit. Si quis autem ex. istiment, ex omnibus legibus post XII tab condictionem hanc ex l. dari, procul dubio errauerit: vel quia lex actioni nomen dare potest, argum. *d. l vn h. tit.* vel quia sicut actiones prætoriæ pleræque ab autore edicti, ita quoque ab autore legis actiones aliquando denominatæ fuerunt.

Nouam autem intellige.] Ait intelligi nouam omninò non renouatam vel confirmatam: quoniam actio quæ ante fuit & nomen habuit, etiam post renouationem vel confirmationem eadem manebit. Sed illud incommodum est, quod subiicit, *qualis est actio præscriptis verbis & L. Aquilia* quia vtique actiones non possunt dici leges. Dicere fortassis voluit, quod obligatio quæ ex contractibus innominatis secundum ius gent. oritur, sit iure ciuili confirmata: vt hinc rationem dubitandi sumere videatur, quod etiam hæ obligationes sint ciuiles, nec tamen ex iis nascatur condictio ex lege. Verum eadem ratione omnium aliarum obligationum, quas ius ciuile confirmauit, mentionem facere potuisset. Et verò minime affirmandum est, quod ex nulla obligatione iuris gent. iure ciuili confirmata condictio ex lege detur: velut in casibus, quibus obligatio iuris gent. destituta synallagmate lege aliqua confirmatur: cuiusmodi est obligatio ex nudo pacto de donando, quod confirmauit Iustin. *in l. 35. C. d. donat.* ex qua omnes condictionem ex lege dari statuunt. Et cum ipse Treutl. exemplum huius condictionis petat ex constitutione Zenonis *in l. 1. C. d. iur. emphyt.* obligationem tamen illam ante Zenonem fuisse constat. Neque obstat, quod *in l. vn h. titul* requiritur, vt obligatio sit noua & noua lege introducta: quia intelligenda est obligatio noua non ratione materiæ & essentiæ, sed ratione efficaciæ & confirmationis quomodo obligatio in efficax in iure pro nulla haberi solet.

Exempla condictionis] Exemplum patet ex *l. diffamari C d ingenu. manum.* Non rectè, quia nihil hic petitur dari aut fieri, sed tantum imploratur officium iudicis sui, vt iniusto diffamanti præfigatur terminus ad agendum & probandum, aut perpetuum ei silentium imponatur, & hic nullum adhuc iudicium nulla reuera actio est. Alterum quoque exemplum ex *l 1. C. d. iur. emphyt.* in dubium vocari potest: siquidem obligatio illa minime noua, neque nuda, & ex veriori sententia contractus Emphyteutica iuris gent. est: neque essentiam obligationis introduxit Zeno, neque actionem, quæ etiam ante eum competebat, sed tantum contractum distinxit. Sed & cum contractus iste nomen habeat, nomen etiam habebit actio, nec proinde ad condictionem ex lege confugere necessum erit.

Lit. E.

Ait quod abusiue loquentibus, omnis condictio ex lege videatur. Hæc quidem magna fuerit abusio, & possit etiam hac abusione omnis actio ex lege appellari. Vtique condictiones quæ causam propriam habent, contractum vel quasi, manifestam ab hac condictione habent diuersitatem. Quod autem posita obligatione actionem poni dicit, aut de obligatione ciuili, aut de obligatione secundum unumquodque ius considerata erit accipiendum.

THESIS II.

Lit. A.

Ciuilem ait esse condictionem triticiariam, & tamen ab autore nomen accepisse contendit. Verum hoc posito prætoriam eam esse tentari possit: siquidem si ciuilis sit, legem aliquam populi Romani autore Triticio aliquo latam fuisse oporteret: cuiusmodi legis nullus Romanarum legum collector vnquam fecit mentionem: quamuis nec vllam plane gentem Triticiam dictam ab Onufrio, Fuluio Vrsino, Augustino relatam videam.

Lit. B.

Stricti iuris.] Tētari possit Cuiacio, cōdictionē hāc esse arbitrariā 1. quia alias superuacua videri possit, sufficiente generali condictione certi vel incerti. 2. quia alias cur in hanc actionem sola pecu-

pecunia numerata non veniat, non videtur cōmoda dari posse ratio: friuola enim est Tr. lit. D. quod hic sufficiat condictio certi: quoniam hæc non tantum datur pro pecunia numerata, neque certi tantum, sed etiam incerti condictio legibus prodita est. Quod si igitur hæc ratio sufficeret, nec pro aliis hæc condictio daretur, quia condictio certi vel incerti sufficeret. Et igitur probabiliter statuemus huic condictioni locum esse, vbi res post culpam vel moram deperdita est, cuius æstimatio arbitrio judicis permittatur, vt hactenus: licet non eodem modo, quo aliæ actiones arbitrariæ sunt, hæc quoque arbitraria possit appellari.

THESIS III.

LIT. A.

Superest, inquit, actio de eo quod certo loco. Vbi non apparet, quo respectu istam actionem superesse dicat, siquidem non habet rationem finis aut extremi, neque in Digestis neque in thesibus Tr. cum postea tractet de constituta pecunia. Cæterum quæ prolixe de ratione continuationis tradit, nullius momenti sunt quibus rationem reddere conatur, quare de hac actione in D.C. & Inst. diuersissimis locis tractetur. Neque quicquam tam alieno loco collocari poterit, quod si ita agatur, non aliquo colore possit defendi: & ita in D. libr. 2. & 5. & 45 hæc materia proponi potuisset. Cæterum continuatio Cuiacij rectius se habet, per nos ad th. 1. lit. B.

LIT. B.

Quæ & ipsa est condictio.] Generali appellatione omnes actiones in personam condictiones dicuntur: an autem in specie condictio recte appelletur, merito dubites: nisi quatenus hæc actio ex stipulatu aut mutuo datur, ex quibus per se condictiones nascuntur. Illud autem recte, quod hanc actionem ait, nouam esse non genere actionis, sed qualitate: id est, vt actione ex stipulatu mutuo, ex testamento adijciatur qualitas loci alieni, propter quam æstimatio iudicis arbitrio committatur. In quo manifesto lapsus est *Anton. Fab. 15 coniect.* 2. vbi hanc actionem negat esse ex vlla præcedenti obligatione, nec prius nasci eam vult, quam in illo loco repertus fuerit, qui conueniri debet. Quæ sententia etiam refutatione indigna est: quis enim nouus ille modus producendi actionis? & quam absurda & inepta actionis causa deprehēsio rei in loco vbi eū ǒuenire velis? & si creditor mutata volūtate nō agat, ridiculū erit propter nudam eius voluntatē nasci & expirare actionē. Et vero actionem arbitrariam ab actione ex stipulatu specie causa & origine diuersam non esse, quod absurde contendit Ant. Fab. docet aperte *l. 2. §. 1. de eo quod certo loco.* vbi ICtus ait, hanc actionem ex stipulatu venire facit *l. 16. §. 1 d. cōst. pec* vbi dicitur, si certo loco quid constitutum sit, etiam alio loco agi posse: actione videlicet ex constituto non noua: additur enim, exemplo arbitrariæ actionis, ex stipulatu nempe competentis. Neque enim ideo in hac speciale esse dicendum est, quod vtpote prætoria, ex æquitate magis descendat. Nam & actio ex testamento, quæ etiam propter loci adiectionem arbitraria fit *l. 5 d. eo quod cert* recte æquitatis rationem habere dici potest, vtpote conseruandis defunctorum voluntatibus vtilitatis & necessitatis causa introducta *arg. l. 1 in pr. d obligat.* Et quidni dicamus, actionem stricti iuris, auctoritate legis, penes quam est omnium actionum conformandarum facultas, per adiectionem loci vtilem fieri ex directa & obliquari.

LIT. C.

Quia est arbitraria.] Notatum est supra ad disp. 21 duplici sensu actiones arbitrarias dici: altero, quod arbitrium aliquod sententiam definitiuā præcedat: altero, quod totum arbitrio iudicis permittatur: quod contingit in hac actione, vbi propter vtilitatem loci reo ademptam pure peti non potest.

LIT. E.

Enumerat hic species conuentionū, ex quib. hæc actio arbitraria competat, cautionem, id est stipulationem mutuum & constitutum, & subiicit in aliis quoque conuentionibus idem fieri si stricti iuris sint. At non videntur esse aliæ: siquidem quod ad actionem ex testamento attinet, illam arbitrariam facit non conuentio, sed iussum testatoris de soluendo certo loco *l. 5. h. t.* neque puto respexisse Tr. ad casum singularem, quo forte ex causa contractus innom nati datum aliquid est, vt certo loco pecunia daretur: quamuis actio præscriptis verbis non ad implendum præcise contractum, sed ad interesse conferatur: *l. 5. §. 1. d. præscript verb.*

LIT. F.

Negat necessum esse, vt arbitrii mentio fiat. Verum ego magis sentio cum H[illegible] quem pro diss[illegible] citat Tr. quoniam sola arbitrii mentio facit, vt hæc actio alio loco vtiliter instituatur, qua de causa arbitraria, & in arbitrium iudicis conferri dicitur *l. 2. in pr. & l. 3. h. t.* & alias non facta

facta arbitrii mentione plus loco petiturus esset actor.

LIT. G.

Non quouis sed idoneo loco.] Homonymia hic est in verbo, *idoneo*, quoniam qui vbique peti posse putant, omnem locum idoneum esse affirmant. Cæteroquin hæc sententia Tr. est, iis locis agendum esse & agi posse, quibus aliàs non adiecto loco recte ageretur. Etenim absurdum fuerit locum adiectum ei fini, vt facultas agendi constringatur, hoc operari, vt facultas agendi longe lateque & quidem contra intentionem contrahentium amplior fieret. Et cum præter hoc spectauerit, ne facultas agendi intercideret, satis esse debet, creditori, si possit experiri illis locis, quibus aliàs ius est. Et inde commode explicandi sunt textus *in leg. 49. d. iud. & in leg. 16 de constit pecun.* vbi dicitur, vbique peti posse, & quocunque loco: quocunque sc. agi potuisset, si locus adiectus non fuisset. Neque aliter defendere possis aliorum sententiam, nisi tentaueris iure Romano ordinario in quocunque loco quis reperitur, ibi conueniri posse: quod licet in republ. eiusmodi, in qua omnes Magistratus ab vno absolute superiori dependent, absurdum adeo videri non possit, attamen iuri nostro conuenire non videtur, ex quo hoc specialiter vrbi Romæ datum videtur, vt illa forum commune omnium ciuium Romanorum esset. Et facit pro sententia Tr. quod dicitur *in l. 27. de condict. indeb.* eum qui certo loco se debere purât soluit, quouis loco repetere posse: quod sane accipi debet de loco, vbi aliàs accipiens conueniri posset, nec dubium haberi, quin ibi quilibet locus opponatur ei, quo pecunia soluta fuit. Et ineptum est, quod *Bart. in l. 1. h. tit* notat, reum conueniri tanquam fugitiuum, maxime cum etiam ex iustis causis impeditus hac actione recte conueniatur. Nec magis illud eiusdem Bart. solidum, quod reum ita grauatum in alio releuari dicit, quod eius interesse habeatur ratio. Sed neque sequitur solui potest quocunque loco. *l. 137. §. 1. d. V. O.* Ergo etiam peti: quia exêplum quod ibid statim sequitur, hanc illationem à solutione ad petitionem perpetuam & generalem non esse ostendit: & in nostris terminis hæc perspicua differentiæ ratio est, quod vt aliquo loco petatur, ita vt iudicio reus conueniatur, (aliàs enim extraiudicialiter vbique peti potest) forum competens & iurisdictionem oportet esse fundatam. Denique sententiam istam confirmat, quod ex recepta & vera sententia locus contractus non simpliciter, sed tum demum tribuit forum, si reus ibi reperiatur. Et ergo cum locus contractus modus sit sortiendi fori, inde necessario consequitur solam repetitionem in loco, citra conuentionem ibi celebratam, non tribuere forum in ciuilibus: quia in delictis & criminalibus hoc speciale est, vt reus vbicunque repertus possit accusari.

THESIS IV.

LIT. A.

Ait in thesi, hanc actionem ab aliis actionib. arbitrariis causa differre, quod eam non contumacia vel dolus, sed locus adiectus pariat. Hoc quidem suo fortassis modo defendi & saluari potest: sed improprie & insubtiliter dicitur, quod v. c. vindicationem, actionē, quod metus causa, contumacia pariat vel dolus: siquidē arbitrium contumaciam præcedit, cui si non pareatur ex contumacia, sequitur sententia definitiua. Sed & non minus imo magis hæc actio dici possit esse ex culpa & mora rei, quæ facit, vt in alio loco actio arbitraria dictari possit. Adeoque differentia harum actionum ea est, quam notauimus ad th. præced lit. C. licet illas nulla adiecta cautione aut distinctione, confusim proponat & male, ipse Tribo. *in § præterea. 31. Inst d. action.*

LIT. C.

Affirmat hac lit. quod vtilitatis rei indistincte habeatur ratio, siue in mora fuerit siue non. Diuersa sententia, quam Cuiacius tuetur, verior videtur, ex eiusdem ratione, quod absurdum sit, eius haberi rationem, qui moram admisit. Neque obstat, quod cum vtrique hic etiam vtilitas rei veniat in considerationem *l. 2. h. t.* huic tamen actioni nisi præcedente mora rei locus esse non videtur: quoniam respondeo intelligi à Cuiacio in hac quæstione moram non simplicem, id est, cessationem qualem, ex iusta fortasse causa ortam, sed moram proprie sumptam & culpam, per quam reus non iustis causis impeditus, sed frustrandi gratia in locum non venit. Neque illud probandum est, quod Tr. ita hac lit. disputat, atque si semper solius debitoris gratia locus adijceretur: quippe vt docet *l. 2. §. vlt h. tit.* etiam creditoris interesse potest, certo loco pecuniam solui: veluti si dederit pecuniam traiectitiam, ibi recepturus, vbi sub pœna vel pignoribus pecuniam debeat. Ipse autem lit. D. sententiæ suæ, quod semper vtilitatis rei ratio habenda sit, obiicit, quod mora vtrique reo nocere debeat: & respondet, hoc verum esse non

vt jus quæsitum auferatur, sed vt obligatio tantum perpetuetur. Verum etiam hic posterior effectus ius quæsitum aufert, vt ne per interitum rei debitor liberetur: & non quæritur hic de casu rei peremptæ, ad quem effectus ille posterior pertinet, quoniam vbi pecunia numerata debetur interitus regulariter non liberat debitorem: adeoque aut in hac materia omnino moram nocere reo negandum erit, aut si nocet, ad hunc effectum, de quo quærimus, nocere concedendum est: cum præsertim, quod dici solet, moram tantum nocere ad perpetuandam vel conseruandam obligationem, fere intelligatur de mora aliena, quod v.c. mora rei vlterius non debeat nocere fideiussori, vt notatur in l. mora 88. d.V.O.

LIT. E.

Modo debitor in locum venire potuit.] Duplex sensus est, vel quod absoluta impossibilitate, vel quod alias impeditus venire non potuerit. Illum casum à Tr. tractari ex eo patet, quod ait, tacite diem cohærere stipulationi, & proinde ante agi non posse iuxta §. *loca. §. Inst. d.V.O.* cæterum alia impedimenta, non faciunt cessare hanc actionem.

LIT. F.

Vel actor in simili mora constituatur.] V.c. si cum reus paulo post moram copiam sui fecisset, & soluere paratus esset, actor morose cum posset, pecuniam exigere distulisset.

THESIS V.

LIT. B.

Statuit hic Tr. quod contra fideiussorem tamen detur hæc actio arbitraria, si ipse moram commiserit. Contrarium tentari posse videtur, vbi primum reus tempore constituto non soluit, fideiussorem, qui ipse in mora non fuerat, posse conueniri: non quidem vt augeatur obligatio fideiussoris, & ratio habeatur interesse actoris, sed interesse fideiussoris cõueniri: vt sufficiat post tale tempus, quo in locum perueniri potuit solutionem à reo factam non fuisse: siquidem constat iure veteri etiam non interpellato reo recta conueniri potuisse fideiussorem: vt proinde hic quoque conueniri posse debeat, vbi sola cessatio soluendi facit, vt alio loco actio concedatur: cui sententiæ firmandæ recte adducitur à Coras *l. 8. h. t.* vbi negatur fideiussoris cõuenti augeri obligationem, quæ sane merito augere deberet, si ipse quoq; in mora fuisset. Neq; obstat, quod speciale videri possit actione hac arbitraria, quam talem facit mora, ad effectum, vt interesse actoris æstimetur, quod attendi non potest, vbi ipsi conuento nulla mora imputari potest: quia respondeo ad actionem hanc fundãdam sufficere moram esse commissam à principali, neque aut perpetuum aut necessarium esse, vt interesse actoris in hanc actionem veniat, sed posse venire tantum ex parte conuenti, quod etiam contingit in specie *l. 8. h t.* Possit etiam videri, fieri non posse, fideiussorem solum esse in mora, quin concurrat mora rei principalis *argum l. 49. §. 2. d.* fideiussore, vbi dicitur, non posse conueniri fideiussorem, antequam reus in locum adiectum peruenire potuerit: ex quo vtique tempore fatendum erit, reum incipere esse in mora. Verum in hac quæstione vtique termini habiles ponendi sunt, & distingui oportet inter moram simplicem & quamcumque emansionem, citra quam non poterit conueniri fideiussor, & intra moram veram frustratoriamque dilationem, quæ ob iustas causas potest abesse à reo, & facere ne grauius teneatur, vt tamen possit esse mora in fideiussore: siquidem hæc actio competit, etiamsi vbi ex iusta causa in locum adiectum non fuerit peruentum, *l. 1. h. t.* ita videlicet, vt hoc casu vtilitas rei tantum non etiam actoris veniat in considerationem.

Non autem ante.] Idem hoc est cum eo quod tradidit th. præced lit E. ampliatio autem, aut nec fideiussor ante conueniri possit, quam in locum adiectum peruenire potuit, non videtur alicuius momenti, quod ead. ratio sit debitoris & fideiussoris, & eod. tempore, vterque in locum peruenire possint: illud enim quod licet in alia quæstione proponit *Bart in l 8 h t.* de fideiussore debiliori, friuolum est. Erit plane Tr. sententiæ locus, si in diuersis locis reus & fideissuor sint constituti, qui casus est *l si testamento 49. §. 2. d. fideiussor.*

LIT. C.

Ait hic, si fideiussor solus moram fecerit augeri obligationem. Cui obstare videtur quod ipse Tr tradit th. 4. lit D. æstimari vtilitatem rei etiamsi fuerit in mora: quoniam fideiussor non erit deterioris conditionis, quam reus principalis, neque commode potest dici augeri obligatio, si ipsius fideiussoris vtilitas æstimetur, nisi singulari casu, quo interesse actoris superat interesse rei. Obijcit autem sibi Treutler. quod fideiussor non possit accipi in duriorem conditionem,

tionem, & respondet hoc fieri ex euentu, vt obligatio augeatur. Non satis bene, quoniam culpa alicuius & mora, non recte imputatur euentui, agitur autem hic de mora non rei, sed ipsius fideiussoris.

Lit. D. & E.

Propositio hæc est Tr. in th. ob moram principalis obligationem fideiussoris non augeri, nisi appareat fideiussorem etiam se obligasse nomine eius quod interest. Cui sententiæ obstat non tam *l.* 68 quoniam ea de obligatione perpetuanda seu conseruanda tractat, quæ potius *l. quero* 54. *in pr locati*. Septem explicationes, distinctiones & conciliationes post gl ordine refert & examinat Bartol. *in l.* 8. *h. t.* ex quibus quatuor non improbabile videri possunt. 1 quod interfit, an tempore fideiussionis debitæ fuerint vsuræ an post: quamuis dubium non videatur, quin illud in vtroque textu *l.* 8 *h. t. & in l* 45. *locati*, incrementum interesse aut vsurarum postea accesserit. 2 aliud esse non augeri obligationē, & non præstari vsuras, quoniam cum vsuræ veniant officio iudicis, earum præstatione obligatio ipsa non augeatur. Verum nec hæc sententia conuenit menti Africani, qui non credendus est captasse subtilitatem verborum, sed hoc voluisse non debere propter moram rei grauari fideiussorem, vt plus præstare teneatur, cum præsertim vsuræ ob moram deberi dicantur: quæ & alia prolixe & fere ad nauseam more suo contra hanc sententiam declamat *Donellus in d. l.* 8. *h. t. n.* 10 *& sequentibus*. 3. Interesse an quis intercesserit in certam & limitatam quantitatem, an simpliciter. 4. quod aliud sit in vsuris quæ debentur ex officio iudicis secundum naturam actionis, vt in specie *d l.* 45. aliud in iis quæ debentur & accedunt præter naturam actionis, ut in casu *l.* 8 *hoc tit.* quam sententiam Iohan. sequitur Bart. ibid Sed Tr ab his omnibus diuersus, non putat teneri fideiussorem, nisi appareat, etiam nomine eius quod interest, eum se obligasse: nec tamen explicat, an opus sit expressa conuentio, an ex circumstantiis & coniecturis præsumpta sufficiat. Et videtur sibi contrarius in fine th. vbi quærit. vndenam constet. quod fideiussor in specie *l* 8 *h t* non obligauerit se in interesse, & respondet, quia stipulatio sit stricti iuris. Ex hoc enim sequitur, non ex eo concilianda esse pugnantia loca, an obligauerit se fideiussor nomine eius quod interest, sed ex qualitate contractus cui fideiussor accessit: quoniam aliàs dubium esse non potest, quin etiam stipulationi ita accedat recte fideiussor, vt obliget se nomine omnis interesse, & cum de iure quærimus, id cui ius accommodari debet, præsupponi debet, neque ex eo quod stipulatio stricti iuris est, colligere possumus, fideiussorem ad interesse se nō obligasse, quod facti est, sed quia tātum in summam principalem interuenisse fideiussorem ICtus proponit, inde obligationem eius nomine quod interest, non augeri debere respondit. Et ergo hæc quæstio est, cur *in d. l.* 8. non veniat accessio eius quod interest, cum tamen accessio vsurarum veniat *in l.* 54. locati; vbi responsioni Treut. locus esse potest, quæ tamen reuera incidit in sententiam Iohan. quoniam scil. in bonæ fidei iudiciis secundum naturam actionis vsuræ adiudicantur: licet in contrarium hoc moueat, quod cum omnis fideiussio fiat per stipulationem, propter naturam contractus, cui accedit stipulatio variari, & actio extendi posse non videtur, quoniam fideiussor non actione locati, sed ex stipulatu conuenitur; cum præsertim actio arbitraria ipsa æquitate quadam nitatur. Possit tamen hæc sententia ita accommodari, vt dicamus in summa, interesse, an fideiussor se simpliciter obligauerit; an in certam quantitatem, vel itidem an se obligauerit simpliciter, an in omnem causam: vt videlicet in dubio benignius sese obligasse censeatur, vbi accessit contractui bonæ fidei, ex quo descendens actio natura sua admittit augmentum vsurarum, arg. *d l.* 45. locati, ex qua etiam respondetur obiectioni, quam paulo ante de natura fideiussionis, quæ fit per stipulationem, proposuimus: quoniam vt ibi ait Paulus teneri fideiussor, perinde ac si dixisset, se fide sua esse iubere, in quantum debitorem condemnari ex bona fide oportebit. Quod autem *in d l* 54. de fideiussione in omnem causam proponitur, non ita accipiendum est, quasi id diserte exprimi oporteat, sed quod eo ipso, dum citra mentionem certæ quantitatis intercedit, in omnem causam intercessisse videatur. Atq; ita coniunctis duabus distinctionibus ante propositis, an intercesserit simpliciter, an pro certa quantitate, itemque an super contractu, ex quo secundum naturam actionis vsuræ debeantur nec ne, res ista expedienda videtur. Et probatur illud *ex l.* 68. §. *primo, d. fideiuss.* videlicet fide iussorem teneri in vsuras ex mora si in ipsam conductionem, non in certam summam se obligauerit, facit *leg secunda* §. *final de administratio rer. ad ciuit.*

ad ciuit. eodemque referenda est *leg. quinta Cod. de pactis inter empt.* nihil autem huc pertinet *leg. 56 § secundo de fideiussor.* quod ibi specialis significatio est verborũ *in omnem causam mutui:* quia significatur omnis causa, quæ ex numeratione nasci potest, & hic sensus est, quod in casum siue extantium siue consumptorum nummorum fideiussor se cẽseatur obligasse. Solet etiam huc afferri *leg. 1. §. 13. vt legat. seu fideicomm &c.* vbi dicitur, stipulationem capere incrementum ex vsuris & fructibus. Sed nimirum stipulatio illa legatorum cautionalis est inducens naturam obligationis ex testamento, quæ ratione fructuum & vsurarum bonæ fidei obligationis naturam imitatur. Illa controuersia hac lit. superest, an interesse vel vsuræ quæ ex mora deberi dicuntur recte dicantur esse in obligatione. Et ego contra Treutler & Donell. magis sentio cum Cuiacio, proprie loquendo vsuras istas in obligatione non esse per textum *in l. 49 §. 1. d. action empt.* & rationem; quod in obligatione esse non potest, quod non est in conuentione: quo pertinet vulgata vsurarum distinctio à causa efficiente proposita ab ipso Treutler. *p. 2. disputation. 3. thes. 2.* quod vsuræ debeantur ex conuentione vel ex mora; & si hæ vsuræ vere in obligatione essent, etiam cõdemnatione sequuta super principali: vsuræ adhuc peti possent. Et proinde non satis capio, quænam sit illa naturalis obligatio, quam Treutl. adducit, quæ vtique non conuentioni alicui, sed simplici æquitati adscribenda videatur. Neque moueor quod *in l. 8. hoc titul.* interesse dicitur augere obligationem: quoniam hoc dicitur improprie ratione effectus, quod ad officium iudicis pertineat eius habere rationem, perinde ac si in obligationem deductum fuisset: cæteroquin si ex eo quod deberi aliquando dicuntur, recte inferretur, eas esse in obligatione, sequeretur, etiam fructus in bonæ fidei contractib. simpliciter, & in stricti iuris post litem contestatam esse in obligatione: Sed nimirum mora noua quædam causa est, ex qua deberi videntur, quatenus ea officium iudicis inducit.

THESIS VI.

LIT. A.

Cessat, inquit Treut. officium iudicis, si reus in loco adiecto conueniatur, subiecta limitatione in exegesi, *nisi quid esset stipulatus vel vtilitas temporis interuenit*: de quorum verborum sententia hic agit Tr. & ipse Donell. sequitur, qui posteriora verba explicat de vtilitate temporis, quod ad soluendum stipulatione constitutum est. Verum hac ratione Tr. & Donell. in sententiam Cuiacii, quod etiam propter adiectionem temporis fiat arbitraria, incidere videntur, siquidem iuxta explicationem hic propositam *ex d. l. 4. h. t.* propter vtilitatem temporis stipulationi adiecti arbitrio iudicis locus permittatur. *Gl. Br. Salic. & Castr.* recte *d. l. 4* accipiunt de tempore, quod stipulationi adiectum non fuit. Sed quia obstare videtur, quod in stricti iuris iudiciis eius, quod interest, vsurarumque etiam ex mora non habeatur ratio, ideo dupliciter respondet gl. 1. *vel.* accipiendũ esse pro, *etiam*, quam responsionem, vtpote quæ violet literam ibid. improbant *Br. & Castr.* vel quod loquitur ICtus de actione ex stipulatu, quæ hac in re bon. fid. actionum naturam imitatur: vel quod intelligatur damnum emergens: ex quo quomodo efficiatur sententia manifesto falsa, vt Treut. ait, ego non animaduerto. & hanc rem & opinionem ita omnino explicandam esse existimo; vt videl. locus quidem, sed non tempus stipulationi fuerit adiectus. & quod reus in mora fuerit & destinato tempore, in locum non venerit. Licet enim postea ibi compareat, & in eod. actor experiatur, tamen quia actor alibi agere potuit, & ita ipsi semel ius obtinendæ vtilitatis temporis quæsitum fuit, non potest nec debet hoc ipsi adimi, etiam postea in loco adiecto experiatur.

LIT. B.

Sorte soluta inquit Tr. nulla superest actio ad interesse loci *l. 8. & vlt h. t.* quia debetur officio iudicis mercenario, cui sublata actione locus esse non potest; quo pertinet distinctio Tr. inter accessorium quod officio iudicis venit, & quod iure actionis; licet hoc naturam habeat principalis, quod apparet in vsuris stipulatione promissis. Neque obstat *l. 2 § idem Iulian. h. tit.* vel quia solutio facta est adiecto, vel potius quia alio loco contra formam stipulationis, non consentiente creditore. Quæritur autem, vt hoc addamus in ista specie an integræ summæ petitio supersit, an saltem eius quæ interest. Et videtur in hoc non satis conuenisse Marcello cũ Iulian. Hic saltem quod interest, peti voluit: hic totam summam tanquam in nihilum liberato reo, qui alio loco soluisset, quod exemplo insulæ certo loco ædificandæ confirmat, & facit ratio *l. vlt. h. tit.* vt cessante petitione sortis, etiam eius, quod interest, petitio cessare videatur. Vlp. tamen sententiam Iulian. subnixam æquitate

tate magis probare videtur, ostensa nominatim dissimilitudine inter summæ debitionem & insulæ ædificationem Sed obiicitur tum quod ipse Vlpian. fatetur, vbi adiecto solutam non nasci liberationem, tum quod iam diximus, eius solius quod interest, non esse petitionem, quod vna sit actio sortis & eius quod interest & vna obligatio, quod interesse nec deberi, nec in obligatione esse, responsum est à Paulo *in l. vlt. h. t.* Ad primum responderi potest, ex sententia Iuliani non contingere liberationem per omnia. Ad secundum, quod Vlp ex Iul. refert & probat, ad effectum, non ad intentionem agentis referendum esse: hoc enim est quod Bart ait, totum hoc peti posse: imo etiam petendum esse, non vt actor totum consequatur, sed vt actio fundetur, & præter sortem, quæ salua est creditori, interesse tantum præstetur: non & alibi ita ius est, vt vbi aliquod ius aut vtilitas rei deest, ipsa res petatur iuris illius, quod solum peti non potest, consequendi causa, vt in specie *l. etiam*, de solutionibus *l. Iulianus.* 131. §. 1. *d. V. O.* Sed vt ad thes. Tr. & casum, vbi ipsi principali pecunia soluta fuit, reuertamur, addit Tr. etiamsi creditor protestatus fuerit, se velle saluum sibi seruare interesse, eam tamen protestationem efficere non posse, vt ipsi actio conseruetur, & Bart. tanquā dissent, *in l. vlt h t.* & quem plerique sequantur, reprehendit. Cæterum Bartol. ibi distinguit, an creditor accepta sorte debitorem liberauerit, data v. c. apocha, quo demum casu hunc protestationis effectum statuit arg *l* 2. § 7 *h. t* Sed recte animaduertit Castr. diuersam rationem esse in specie *d* §. 7. quod soluto adiecto recte facta non fuerit, nec præiudicare potuerit reo principali: quod ibid Salic probat, protestatione actionem ad interesse non conseruare: idemque simpliciter ex sententia Wilhelmi tradit ibid Bald. vt proinde sententia Bart. recepta non videatur.

LIT. C.

Hac *th. 6* quod post lit. A. subiicit, *forte creditori soluta non superesse actionem ad interesse,* itemq; quod post lit D. *non item si forte factum,* nullam cum precedentibus, quam tamen affectabit Treutl. habent connexionem, & præstabat omnino inter se diuersa, etiam vt diuersa proponi. Cæterum quæstio huius lit. C. hæc est, si factum certo loco promissum in obligatione versetur, & fides præstita non sit, an arbitrariæ actioni sit locus; quod affirmat Donellus, quem Treut. sequitur, sed negat Cuiacius, qui directa actione vtendū putat. Et pro Donell. facit, quod licet obligationi dandi pro arbitrio partium locus adiici possit vel non; obligationi autem faciendi, de qua hic agimus, locū adiici necesse sit *l. 2. §. 5. h. t.* non tamen inde effici videtur alio loco directa agi posse? vt & hic vtilitas loci actori conseruetur. Sed in contrarium mouet, quod verius videtur, vbi tempus faciēdi effluxit protinus esse actionem ad interesse neque amplius insulæ factionem esse in obligatione, quod in obligationibus faciēdi ex mora potestate quadam legis nouatio inducitur. Et dationes vbique pares sunt, sed non sana, & quæ certo loco vtilis, alio plane inutilis insulæ factio esse potest: vt proinde ad factum alio loco agi non posse videatur, sed necesse sit, aut ipso loco qui adiectus est ad factum agere, aut quod magis est, post moram recta ad interesse: adeoque non amplius quanti ædificium sit, curari potest, viri autem interesse, ad quod principaliter agitur, aliud porro statuere interesse, videatur absurdum: cum præsertim illud interesse, *peto, quanti mea interest, insulam factam non esse:* omnibus locis idem sit: neque quod insula certo loco facienda promissa est, etiam certo loco illud interesse, quod in eius locum succedit, solui promissum est Obligationum autem dandi diuersa plane ratio & etiam post moram res ipsa adhuc in obligatione & petitione est. Facit denique pro sententia Cuiac. *l.* 43. *d. iud* quæ simpliciter ait, eum qui insulam Capuæ certo tempore fieri stipulatus est, finito tempore quocunque loco ad interesse agere posse.

LIT. D.

Recte hic affirmat Tr. quod adiectione temporis actio non fiat arbitraria: quam sententiam contra Cuiac. bene tuetur *Donell in l. 4. hoc titul.* & accuratius *Ant. Fab. 15 coniect.* 3. vbi præter alias differentias temporis & loci etiam à Don. notatas, hanc proponit, quod tempus in tempore contineatur, ita vt qui debuit calēdis Martii, etiam & multo magis debeat calendis Maii: locus autem in loco non continetur, ita vt alio loco inuito stipulatore solui non possit. Neque actio fit arbitraria propter solam loci adiectionem, sed cum creditor alio loco agere vult: atqui ante tempus male, post tempus omnino vtiliter agitur, nec vlla vtilitas reo aufertur. Sed duo pro Cuiac obiici possunt. 1. quod *in l. 3. h tit.* dicitur propter interesse actoris dari actionem arbitrariam: atquin vbi tempus interuenit,

 sæpe

sæpe versatur vtilitas actoris, cui consuli æquũ est, nec consuli alia ratione quæ actione arbitraria potest, cum actio directa sit stricti iuris, in quam non venit, nisi quod in stipulationem est deductum. Respondetur, causam introducendæ actionis *ex leg.1.h.t.* hanc fuisse, quod ex ratione iuris non potuerat citra istam actionem consuli creditori, sed temporis ratio est, neque propter quodcunque interesse actio arbitraria concedenda fuit. Quod si replices, rationem illam non facere, vt arbitraria actio necessario fuerit concedẽda, cum sufficere potuerit actionem dari, per quam ipsa summa peteretur: amplius respondebo, cum locus sit pars stipulationis, non potuisse summam promissam ex ratione iuris alio loco peti, sed necesse omnino fuisse, vt in ipsa actione totum quicquid deberetur, arbitrio iudicis permitteretur, adeoque solum interesse actoris, qui aliàs ad principale agere potuisset, non fuisse satis prægnantem causam, vt hæc actio proponeretur, citra necessitatem, quæ est *in d.l.1.h.t.* & quæ demum concurrens huic actioni locum facit, in qua non actoris tantum, rei vel maxime rei etiam ratio habetur. 2. Affertur pro Cuiac quod *in l 4.h.t.* dicitur, etiam in loco adiecto agitur, tamen venire vtilitatem temporis: quod cum simplici naturæ actionis ex stipulatu non conueniat, necessariò consequi videtur, etiam propter tempus actionem qualificari, & ad naturam arbitrariæ actionis inclinare. Verum huic obiectioni satis factum est ad lit. A. huius thes. vbi illum locum *in princip.l.4.h tit.* explicauimus quod loquatur de casu, vbi iam propter moram rei actio arbitraria semel fundata fuit: adeoque vbi citra locum tempus solum stipulationi adiectum fuit, sententiæ *d l.4.* locus non est, sed vbi vel locus solus vel cum loco tempus adiectum fuit: quibus casibus actor siue creditor occasione & beneficio loci, etiam interesse temporis consequi potest.

THESIS VII.

LIT. B.

Definit Tr. constitutum, quod sit conuentio, qua quis respondet. Atqui constitutum pactũ sit, cuius essentiam interrogatio nõ constituit, vt ipse ait Tr. th. 10. lit. C. definito ita angustior definitio erit. Cæterũ post verba, *qua quis respõdet citra stipulationem* subiicit in allegatis, *quod de stipulatione adeo verum est* Hoc vero cum illo plane non cohæret, sed pertinet ad aliam quæstionem, ab hoc loco alienam, an stipulatio non solenniter facta habeat effectum saltem pacti: quod negari solet *ex l.1.§.4 de V.O.* & cum eo loco conciliari *l.8.in princ.d.acceptil.* quod aliud sit in casu obligationis constituendæ & dissoluendæ, *de quo infr.disp.27* qui casus posterior tractatur *in d.l.8.* in qua vulgatam lectionem, *nisi in hoc quoque contra sensum.* veram omnino esse existimo, & improbandam lectionem Holoandri, *nisi in hoc quoque* consensum. Etenim lectio illa Holoandri quam Gothof. etiam & Tr. sequuntur, desiderat lectionem negatiuam: acceptilatio inutilis non habere pactum nisi in hoc quoque consensum sit. Verum lectione affirmatiua retenta, quod acceptilatio inutilis habeat pactum, quam illi ipsi admittunt, omnino requirit vt legatur *nisi in hoc contra sensum.* Accedit, quod ex lectione Holoandri falsa efficitur sententia, & iis quæ ipse hic tradit Treutl. contraria, acceptilationem inutilem, in dubio non continere pactum.

LIT. C.

Nota est quæ hic proponitur pugna inter *leg.5.§.1.h.t.& leg.octav.*(?)*e iudiciis* de qua vide. *Cuiac.13.obseruation.17 & adl.39. de iudiciis, libr.3. quæst.Papin.* vbi quatuor casus distinguit: *gloss.in dict.leg.3.hoc titul.* vbi quatuor modis contrarium soluit: & Salicet. ibid. qui prolixius & plenius distinguit. Cæterum Bartolus ibidem nihil aliud tradit, nisi quod ex sententia Iacobi de Butrio scribit, ad hoc vt legatus tempore legationis Romæ die constituta possit conueniri, duo coniunctim requiri, quod tempore legationis incipiat deberi, & quod solutio in locum legationis conferatur. Sunt qui responso primo *d.§.1.l.5.* negationem addendam, & ita legendum putant, *conueniri non debere*: quod iuuatur in particula, sed etsi, qua indicio est causam similem & decisionem proponi. Possit & forte distingui, an Romæ constitutum fuerit an in alio mancipio vel vrbe: vt hoc casu conueniri non possit, sed illo possit: quod Roma sit caput Imperii, & patria communis, in qua omnes subiecti forum sortiti videntur.

LIT. E.

Docet hic etiam naturaliter tantum debitum constitui posse, eiusque exemplum proponit ex Zasio, si quod non solenni testamento debetur, constituatur. Quia in re contradicit sibi Treutl. infr. *p 2. disp.* 10. vbi ex testamento non solenni, negat hæredem obligari naturaliter, aut in foro conscientiæ. Et tamen licet naturaliter eum obligari dicamus, non tamen

protinus

protinus debitum eiusmodi recte constitui cõsequitur: quippe quod constat ex tali testamento debitum, per errorem solutũ repeti posse, cui tamẽ liquidum sit, quę naturalis obligatio inhibeat soluti repetitionem. Enim verò obligatio naturalis quæ dicitur non omnis eiusdem generis est, sed terminos quosdam & gradus habet: & alia in meris finibus iuris gentibus subsistit, subnixa sola æquitate & honestate & fere destituta autoritate iuris ciuilis, cuiusmodi olim erat obligatio ex fidei commisso, quæ tantum pudore eorum, qui rogabantur, non vinculo iuris continetur §.1. *instit. d. fidei com. hæred.* & obligatio ad antidota *l.* 2. § 11. *d. petit. hær.* Alia est, ex qualibet non nascatur actio, multos tamen ei effectus ius ciuile tribuit, quod ad exceptionem & retentionem est, quod nouari potest & constitui, & ex ea debitum compensari, quod ei fideiussor & pignus accedit. Nihil huc pertinet *l. 2. C. d. fidei commiss.* in cuius specie non per errorem, sed conscientia relicti fideicommissum solutum fuisse proponitur.

LIT. F.

Non constituitur quod ciuiliter tantum debetur. Ratio redditur a Treutl. quia in constituto nudum pactum versatur. Quod & minus propriè dici, nec satis concludere videtur. Ratio & vera & perspicua est, quam post Dd. & Bart. reddit *Ias. in §. In personam. Instit. d. action numer.* 42. qua iure prætorio, ex quo constitutum est, istud indebitum est. Quod autem varie circa hunc articulum, vt Tr. ait dissentiant Dd. nec deprehendere potui, neque verosimile est, cum id certo iure traditum habeamus.

LIT. G.

Quæritur à Dd. quæ causa fuerit, cur ex constituto, & ita nudo pacto actio nasceretur. Rationem reddere videtur Tr. hanc, quod prætor confirmauerit hoc pactum iure suo prætorio. Quam eandem rationem proponit *Ias. ex Bald. in d §. in personam. I d. action. num* 52. vbi ait, quod sit creatura iuris prætorii. Atqui hæc ratio vera quidem est: sed principium petere videtur, nec satisfacere animo quærentis: quoniam illud vlterius quæritur, quæ ratio mouere prætorem, vt in specie hoc pactum nudum confirmaret. Ad hoc expediendum, alii quorum opiniones refert Ias. d. loc. rationem petunt ex eo, ꝙ constitutum alterius debiti est accessio alii à geminatione promissionis. Et tamen, quoniam illi obstat, quod ex fideiussione citra stipulationem actio non datur; huic autem, quod etiam debitum alienum, constitui potest, ideo magis est, vt ex sola consideratione æquitatis prætor r dederit actionem *argum. l. 1. in princ. h. t.* quæ licet in omnibus pactis militet, tamen quia regulam iuris ciuilis, quæ est *in l* 7. §. 4. de pactis plane tollere non potuit prætor, quantum potuit, eam limitauit, arrepto etiam fortasis prætextu ex nomine constituti, quod alias nominatæ conuentiones actiones producere solent *l 7. §.* 1. *d. pact.* quod ibid. etiam Bart. animaduertit. Et facit, quod vt recte disputare videtur *Anton Fab* 15 *coniect.* 4 hæc actio quantum interest, nostra persequitur: vt tanto iniquius visum fuerit prætori, eum in damno morari, qui alterius hic fidem est sequutus

THESIS III.

LIT. A.

Etiam filiifam.] Intelligit scilicet, ex causa mutui, quod aliàs nulla esset dubitandi ratio: & ratio diuersitatis est quod nihil hic accipit filiusfam.

LIT. C.

Admitti potest, quod in pr. etiam ad constituentis beneficium excusa excusionis porrigit: sed in eo perspicue fallitur, quod ad huius rei confirmationem adducit *l. vltim C. h. t.* quia nominatim hoc beneficium constituentibus datum sit: siquidem ille locus diserte de beneficio diuisionis tractat: sed in argumentum adduci *d. l vltim potest.* quoniam si in beneficio diuisionis eadem debet esse ratio fideiussorum & constituentium, imo vt *in d. l. vltim.* ait Iustin. eadem ratio vt sit necessarium, est in beneficio quoque ordinis idem merito statuimus. Illa alia quæstio est, quam subiicit Treutl. in vers. *itaque lex 16. &c.* an per constitutionem Iustin. sit correcta *l. 16* Et contractam non esse defendi posse videtur: quia *l. vlt.* loquitur de eo, qui constituit pro alio, cui perinde vt fideiussori beneficium diuisionis datur: sed *d l.* 16. est de duobus, qui se tanquam reos principales in solidum constituerunt, quibus adeo beneficium diuisionis per *d. l. vlt.* datum esse videri non potest. Et verò cum etiam ante Iustin. fideiussoribus beneficium diuisionis competeret, idem tamen beneficium duobus reis principalibus competiisse, nemo affirmauit Sed fortasis, *d l.* 16. est contracta per *num.* 99. ex qua etiam duobus correis principalibus beneficium diuisionis datum esse, communis & verius traditur, de quo infra *p.* 3. *disp.* 27 *th. vlt.*

Hodie tamen hac quæstione.] Negat hodie hac quæstione opus esse, cum Notarii semper apponant illius priuilegii renuntiationem. Verum alia quæstio est, de ipso beneficio competente, alia de eius renunciatione. Et cum Notarii, qua conuentionibus qua vltimis voluntatibus adhibiti, clausulas varias & multiplices adiicere soleant, ita innumeris quæstionibus non fuerit opus. Attamen Notarii non adhibentur ex necessitate, & sine illis etiam contrahi potest. Quod autem addit Tr, notarios etiam hoc facere posse, vt iure suo istas clausulas & renunciationes apponant; falsum & minime probandum existimo, vt sc. citra iussum & voluntatem partium hoc faciant, cum priuilegia & beneficia ista, non sint ex natura contractus, sed ex speciali constitutione. Et absurdum plane fuerit, vt in instrumentis v. c fideiussoriis, renunciationes variorum beneficiorum autoritate & arbitrio suo adscribant. Autoritas Sichardi, quam Treutlerus allegat, tanti non est, & tamen ille hoc tantum dicit, quod cesset priuilegium, si Notarii renuntiare faciant constituentes: licet & hoc eorum officium excedere, nec amplius illis dandum videatur, nisi vt partes moneant de beneficiis quæ ipsis competunt, & ex iis quærant, an ea sibi reseruate, an illis renuntiare velint.

Aliud est in mero constitutore.] Cum tradidisset, beneficium ordinis competere constitutori, subiicit statim, quod aliud sit in mero constitutore, qui proprio nomine se obligat pro debito alieno, als selbst Schuldiger. Equidem quæstio dubia est in fideiussore, an obligans se vt principalem amittat beneficiũ ordinis, de quo agitur infra p. 2. disp. 28. thes. 5. Sed non capio, quare istum vocet merum constitutorem: quia cum constitutum natura sua sit accessoriũ quanto magis accedit ad naturam obligationis principalis, tanto magis recedit a propria constituti natura: & proculdubio erraret, qui fideiussorem, obligantem se vt principalem merum fideiussorem appellaret. Ideoque inuerso potius modo ille constitutor merus dicendus erit, cuius obligatio in terminis obligationis accessoriæ subsistit.

Est & aliud in constituto reali.] Hoc si connecti debet cum præcedenti, hunc sensum habeat oportet, quod hoc casu non sit locus beneficio ordinis. Id vero ineptum est, cum nullus hic sit tertius, qui priori loco conueniatur, sed solus creditor & debitor, qui illius nomine se possidere constituit: quæ constituti species, vt pote modus transferendæ possessionis, toto genere diuersa est ab hoc nostro constituto, adeoque omnino absurde hic proponitur.

THESIS IX.

Ait hic etiam valere constitutum indebiti scienter factum, & quidem iure donati, propter ius nouum *in l 35. C. d. donation.* quæ etiam ex pacto nudo actionem concedit Verum primo dubium mouet quod non videatur opus auxilio iuris noui: cum ex iure veteri constitutum producat actionem, sicuti si quis promittat in debitum tenetur ex stipulatu. Deinde ex aduerso contra Treutl. & quod non valeat iure donati, stringere videtur ratio *Iohannis Fabri in d. §. in personam Inst d. action.* cuius sententiam refert, eandemque nouam & mirabilem appellat *Iason. in d. § num. 41* quod hic deficiat materia, id est, cum constitutum accessorium sit, vbi nullum est principale, ipsum quoque subsistere non poterit, non secus ac vbi nulla præcessit obligatio, nullum quoque esse fideiussionem constat. Forte distingui possit an quis constituat nomine proprio, an verò alieno: vt illo demum casu non etiam hoc, constitutum tanquam donatum peti possit. Quod autem in th subiicit in hæc verba: *nam & ei ex rebus duabus, &c.* non videtur cum præcedenti cohærere, quia hoc casu non indebitum sed debitum est, & constitutum hoc operatur, vt creditor vnum persequi possit, quod alias sine periculo plus petitionis non potuisset.

THESIS X.

LIT. A.

Ait constitui posse res omnes, etiam si edictum de pecunia tantum loquatur, quod scilic. pecuniæ appellatione res omnes contineantur: vt ita appareant existimare Treutl. quod edictum de constituta pecunia ad omnes res pertinuerit In quo eum errare perspicue ostendit *l 2. C. h. t.* vbi tradit Iustin. quod actione de constituta pecunia res tantum fungibiles, cæteræ per receptitiam fuerint petitæ: ipse autem hac sublata, actionem de constituta pecunia ad omnes res produxit: & ne quis hoc absurdum existimare possit, triplici ratione occurrit quarum prima est *in princ. §. 1* quod si vinum, frumentum sub pecunia recte continentur, possint etiam contineri res aliæ. 2. *in d. §. 1. vers. sed & possibile.* quod omnes res in pecuniam possint conuerti 3. *eod. § in vers. cum etiam.* quod veteres definiverint,

rint, omnes res pecuniæ appellatione contineri.

LIT. B:

Ait statim initio, constitui posse factum proprium & alienum, illud quatenus debito principali accedit, hoc ita, vt intelligatur promisisse se curaturũ vt illud fiat. In vtroq; scrupulus hæret: in illo, quia falsum videtur factum propriũ tantum vt accessoriũ constitui posse, neq; dubiũ quod quis principaliter promisit se facturum, quin idem constituere possit: & quod *l.* 14. §. 1. *& 2. h. t* quam Treutl allegare voluit, dicitur, minime efficit, tantum circa pignus & fideiussionem constituto locum esse. Quod ad factum alienum attinet, docet textus *in §. si quis 3. Instit. d inutil stipulat.* promissionem, simpliciter factum alienum continet esse nullam, & tum demum obligari promittentem, si expresse hoc actum sit, curaturum vt alius faciat, neque obstat *l.* 14. §. 2. *h. tit.* vbi dicitur eum teneri, qui constituit certam personam pro se fideiussuram: quia hic reuera non factum alienum, sed proprium constituisse intelligitur, id est nihil aliud, quam se eam personam fideiussorem daturum esse. Video tamen aliter illum locũ à Bart. acceptũ esse, qui ex illo hoc notabile colligit, in dubio quando quis promittit aliquem aliquid facturum ad conseruationem eius, quod ipse promittens debet, intelligatur promittere se facturum & curaturum. Vnde apparet, ab hac sententia Bart. abire Treutl. qui in quocunque constituto hoc admittit: sed probatur Teut. sententia ex Castrensi, qui ex *l.* 14. §. 2. *h. tit* hoc notabile ponit, quod quando quis promittit factum alicuius super debito præcedenti, valeat promissio, & in dubio videatur promisisse, se facturum & curaturum. Verum Salicet. in sæpe d. loc. Bart. etiam sententiam improbat, & contra eam inducit *l. cum qui § Iulianus quoque hoc tit* & gloss, quam pro se citat, Bar. ita accipit, ac si ea velit quod in facto fuerit promissum de faciendo: vel curando: quam opinionem Saliceti, cum exceptio Bart. & Castr. nulla lege probetur, omninò tenendam existimo.

Idque magis verum est] Tradit Treutl. hunc effectum iuramenti, vt quis præcise ad operam præstandam teneatur. & quæstione ad th reuocata hoc statuit, quod qui factum promisit, cum aliàs præstando id, quod interest, liberetur, si se facturum iurauerit, præcise facere obligetur. Quam sententiam rationibus & autoritatibus confirmat & communem esse testatur *Iason. in l. si pecuniam. colum 8. vers glosella*: vbi tamen etiam non paucos diss. refert, quorum opinionem ego rationi iuris nostri magis conuenire existimo: & si consideramus ius illud antiquum, quo iudices pedanei in singulis causis dabantur, videtur hoc excessisse potestatem eiusmodi iudicis, vt precise ad factum condemnaret, quippe cum ex natura obligationis interesse in locum facti succederet quam naturam iuramentum nõ videtur mutare & alterare potuisse. Sed nec videtur res habuisse exitũ, cum mera & pura & facta nemini inuito extorqueri possint, & impressionem violentam in personã auersetur ius nostrum, quod hac ipsa causa interesse succedere voluit: neque conuenit iuri nostro in condemnationẽ deducere, cuius executio difficillima, imo nulla sit futura. Et sane ius ciuile ita statuit, vt qui factum stipulatus est, antequam tanti temporis spacium, quo illud fieri potuit, elapsum est, agere non posit, & exinde propter moram debitoris tacitam inducit nouationem, ita vt amplius non ad factum, sed ad interesse sit agendum, quam iuris constitutionem & nouationem iuramentum impedire non potest, quod aliàs dicitur regulari secundum naturam actus, super quo interpositum est.

LIT. C.

Si ita conueniatur, constituis ne te soluturum: constituo; stipulationem potius quam constitutum esse ait, neque posse hoc casu actionem de constituto prætoriam cum actione ciuili exstipulatu cumulari. Equidem videri posset nulla plane dubitandi ratio, cum non posint ex vno eodemque contractu duæ diuersæ nasci actiones: attamen ex affinitate pacti & stipulationis nascitur hæc dubitatio & cum etiam citra stipulationem responsio & interrogatio esse posit *l.* 7. § 11. *d pact.* non immerito dubitatur, an in dubio, imo etiam vbi per stipulationem constitutum factum est, alterutra actio tantum, an vtraque competere posit: id est, an concurrant, ita vt vna electa altera, cum vtraque sit rei persecutoria, consumatur: in quo Treutlerus abusus est verbo *cumulationis*: siquidem actiones cumulari dicuntur, quæ simul, vt ex vtraque quis seorsim quid consequatur, in iudicium deducuntur. Est autem illa sententia, quod hoc casu actio prætoria cesset, communiter recepta teste *Iasone in §. in personam Instit de action num.* 21. *&* 23, licet ipse putet *ibid. nu.* 22. opinionem

Iacobi de Butrio, quod actioni etiam prætoriæ locus sit in puncto iuris esse substantialem, non obstante §. *de constituta. inf. Instit. de action.* quod qui affirmat ex stipulatu actionem dari, non propterea neget actionem ex constituto, cum Iustin. ibi respiciat casum necessitatis, quomodo in simili etiam vero domino accommodatur publiciana, & alibi etiam remedia iuris ciuilis, iuris prætorii remedia non excludunt. Non obstante etiam ratione præcipua Iohann. Fab. & aliorum, quod qui habet remediū cōpetens iure communi, non potest vti remedio, quod est contra ius commune: quam retorquet Iason. quod eo demum casu, quando pacto nudo oriatur actio, ea sit contra ius ciuile: cum autem in casu proposito oriatur ex stipulatione, eam contra ius commune esse non posse. Quæ retorsio mihi non satis sapit, quippe quod non nisi quatenus stipulatio etiam pactum habet, crediderim actioni de cōstituto hic esse locum. Ideo dixerim potius, vt ex pacto nascatur actio, non tam contra quam præter ius ciuile esse, & cum conueniente iure ciuili prætor quodammodo iuris condendi, imo ipsius iuris ciuilis emendandi & supplendi habeat potestatem, absurdum minime videri debet, actio prætoria cum ciuili concurrat. Sed de hac quæstione plus satis. Subiicit autem Treutl. se opinionem Iacobi Butrigarii tum veram esse putare, si partes constituere voluerit, non stipulare. In quo non videtur bona oppositio, quia ita constituere possunt, vt tamen stipulentur: quod ex ipso à Treutlero proposito exemplo apparet. Ergo dicere voluit, cum partes pacisci voluerunt non stipulari, siquidem ex voluntate conuenientium aliquando æstimatur, an sit pactum, an stipulatio *l. 7. §. 12. d. pact.* Hoc autem casu contra Treutl. statuam, tantum actioni de constituto locum esse: quoniam sit iuxta voluntatem partium pactū tantū est, actio ex stipulatu nasci non potest: & si casu priori, quo stipulatio interposita fuit, iuxta sententiam Treutl. sola actio ex stipulatu nascitur, etiam posteriori non nisi actio de constituto poterit nasci. Neque enim possis referre Treutl. ad remotius, quasi velit esse constitutum non stipulationem: quia sententia Butrigari huc non pertinuit, sed hæc fuit, vbi per formam stipulandi constitutum fuit, actionem prætoriam cum ciuili concurrere.

LIT. D.

Ait constitutum peti quouis idoneo loco exemplo actionis arbitrariæ: Quæ verba, quibus etiam fere vtitur ICtus *in l. 16. §. 1 h. tit.* & videri possint minus commoda & concinna istum habent sensum, quod etiam constituto recte adiicitur locus, & quod eo casu alibi actione arbitraria sit agendum, & quidem in quouis loco, aut vbique sed idoneo, & quo aliàs non adiecto loco agendum fuisset. Videtur autem colligi ex *d. l. 16. §. 1.* quod actio arbitraria primo ex contractu stipulationis concessa, postmodum ad alias conuentiones in quibus eadem ratio, fuerit producta. Quod autem Bartol. pro diss. allegat, apparet eum hic repetere, quod propositum est supra thes. 3 lit G, videlicet arbitrariam actionem non quouis loco & vbique, sed tantum idoneo moueri posse: à qua sententia discedit *Bartol. in l. 2. de eo quod certo loco* iuxta tradita d. thes. *lit. 3 G. Cuiac.* vero citato loco 13. *obseru. 17* quæ tradit, nihil huc pertinent: neque video, qua ratione cum eo, quod de arbitraria actione in thesibus proponitur, vlla ratione conueniat, aut aliquid cum illo commune habeat, quod traditur & coniectitur in exegesi de specie & casu *l qui id. 33. in princip d. donation.* vbi traditur, & quod constituendo id, quod ex causa donationis promisit, non amittat beneficium siue exceptionem, quam vocat competentiæ, vt ne conueniat in solidum: quod ex ratione optima ibi proponit ICtus, sed cum eo, quod hic tractatur, nullam plane habet connexionem.

THESIS XI.

Quæ lit. A. de facultate soluendi adiecto, & an mutato statu eius ea intercidat, ad compositionem *l. 5. 6 d. V. O. l. 38. & 95. de solutionibus* proponit, vt ab hoc loco alieno, remittimus ad partem secundam *disputationis 29. thes. 3 liter. A.* Litera autem B. quæ propius huc pertinent, non satis commode aut distincte proponi videntur. Et nimirum tres casus distinguendi sunt. 1. si cum prius stipulatus essem mihi aut Titio, postea iterum mihi aut Titio constituatur. Secundus est, si cum prius mihi soli stipulatus essem, postea mihi aut Titio constitutum sit. Tertius si cum prius mihi aut Titio stipulatus essem, postea mihi constitutum sit. Quæritur his casibus, quæ sit facultas adiecto soluendi, & quis solutionis illi factæ effectus ad inducendam liberationem. Primus casus expeditam habet decisionem, solutione adiecto facta secundum formam quippe, vtriusque conuentionis, cui

vtrique

vtrique adiectus fuit, ipso iure contingere liberationi. Alter casus proponitur *in l. pen. h tit.* quoniam ibi præsupponendum est, non stipulationi: sed constituto demum Titium adiectum fuisse, quomodo casum fingit *Cuiac. 13. obseruat. 20. Anton. Fabr. coniect. 3.* & ante eos finxit *Accursius ibidem*, vbi ad verbum *pecuniam*, notat, *quam tibi soli promiserat.* Respondet de hoc casu ICtus, etiamsi Titio solutum fuerit, manere tamen soluentem ipso iure obligatum propria actione constitutæ pecuniæ. Quod non immerito absurdum videtur Cuiac. vt obligatus maneat actione constituti, qui secundum formam constituti adiecto soluit, siquidem constat, si soluatur adiecto secundum formam stipulationis, debitorem ipso iure liberari. Ideoque emendato textu legit, *priori actione* scilicet *ex stipulatu*: quoniam cum dat constitutum stipulatio præcedens nouari non potuerit, & alia in personam creditoris solius fuerit collata, non potuit solutione adiecto facta prior actio ex stipulatu consumi. Et hoc prisci quoque interpretes videtur, *gloss. Bartol. Salicet. & Castrens. in d. l. pæn.* qui quoniam emendare textus piaculum duxerunt, propriam actionem interpretantur priorem ex stipulatu, quæ competat nomine pecuniæ, quæ postea constituta fuit. Cæterum *Anton Fab. 5. coniect. 3.* vel ideo emendationem Cuiac. improbandam censet, quod ea admissa etiam verba, *constituta in dict. l. pæn.* essent expungenda: ipse autem specialem rationem constituti esse putat propter quam etiamsi secundum formam constituti adiecto soluatur, ipso iure non contingat liberatio: quod scilicet constitutum fiat citra irrogationem, cum in stipulatione ab ipso creditore adiectus sit Titius, cui adeo soluendo merito ipso iure debitor liberetur. Verum enim verò hæc differentia perpetua non est, cum etiam pactum interrogatione præcedente fieri possit, ita quidem vt vere in pacti terminis subsistat, si responsio vel non congrua, vel non statim, vel ex scripto subsequatur; cum & alias ex voluntate partium æstimetur, an pactum sit, an stipulatio *l. septima §. 12 d. pact.* cum in omni pacto acceptio & approbatio alterius partis requiratur, non potest non videri etiam in constituto voluntate creditoris Titius adiectus esse Haud scio, an exinde specialitatis ratio desumi possit, quod constitutum vtpote pactum, æquitate nitatur cui magis conuenit, vt ipsi reo principali soluatur non adiecto ad quem res non pertinet: siquidem etiam in constituto hoc speciale est, vt per litis contestationem actio constituti siue obligatio tota sortis non consumatur: *l. item illa duodecima. §. vltimo hoc titul.* quod contra est in actionibus ciuilibus ex stipulatu, de quo infra *p. 2. disputation. 29. thes. 1.* Tertius casus est decisus à *Paulo in l. 59 d. solut.* si ita stipulatus sim, mihi aut Titio dare spondes, & debitor postea constituerit, se mihi soluturum, nihilominus adhuc adiecto solui posse: Cui obstare videtur, quod idem Paulus respondit *in leg. octaua, hoc titul.* si posteaquam soli te mihi soluturum constitueri, Titio solueris, nihilominus te mihi teneri Accursius conciliationem petit ex particula *soli dict. leg. octaua.* quod scilicet per illius adiectionem debitor sibi ademerit facultatem Titio amplius soluendi: quod sequitur *Gothofredus ad dictam legem octauam & Anton. Fabr. 5. coniect. 3.* Cæterum Cuiacius & fortassis subtilius existimat, per solutionem ita factum adiecto ipso iure quidem soluentem non liberari, sed teneri actione constitutæ pecuniæ quoniam in constituto, quod separatim parit obligationem, Titius adiectus non fuit: sed tantisper exceptionem debitori succurri, quia secundum formam stipulationis, quæ per constitutum notata non est, exsoluit pecuniam: neque enim ex verbis Pauli *in d. l. 59. d. solu.* necessario inferri potest, ipso iure præsertim quo ad constitutum, debitori contigisse liberationem. His consequenter generaliter verum non erit, quod ait Treuil. si adiectus sit obligationi principali, solutionem ipsi factam petere liberationem ipso iure: quia fallit, si postea soli Titio sit constitutum.

THESIS XII.

Thesis hæc tota fere aliena & fugitiua est, pertinens ad locum communem de mora. Sed illud parum subtile, quod de iure purgandi moram vsq; ad litem contestatam proponit: quoniam verissima sententia est, male à Tr. improbata hac th. lit. A. in fin hoc ad obligatiões facti pertinere vt sc. præstatione eius, quod fieri debuit ante litem contestatam, necessitatem præstandi eius quod interest, debitor effugiat. Sed quod obligationes dandi attinet, siue ante siue post litem contest. debitum cum eo, quo ius actoris in præteritum (quoad hoc enim purgatio moræ nõ habet locũ) deterius factũ est, offeretur liberatio, vel absolutio sequetur, de quo pluribus

pluribus agitur infra *p. 2. disp. 3. th. 9.* Quod autem adiicit de iusta litigandi causa, non tam ad ius, quam ad officium iudicis pertinet, cæteroquin creditori seu actori re semel in iudicium demissa, tempori vrgenti nihil imputari potest: de quo agetur citat. loc.

LIT. B.

Ait in thes. quod actor si per eum semel steterit, postea petendo moram non purgare intelligatur. Cui obstare videtur, quod pro regula traditur, postremam moram nocere, & sicut reus post moram offerendo, ita actorem post moram petendo, ante contractum moram eluere. Nisi fortassis specialis hic casus est, vt vbi petitioni certa forma modusque datus est, frustra vbi formæ illi & modo satisfactum non est, de purganda mora quæratur: quæ videtur esse species, *l. item illa. 18. in princip. h. t.* vbi constituti ad certam diem facti hæc forma est, vt ad parandam sibi actionem constituti illo ipso die creditorem adesse oporteat: ita vt etiam si ante adfuerit vel postea adsit, actio constituti ipsi denegetur: quæ sententia est *d. l. 18. in pr. t. h.* vt proinde non capiam quid sibi velit Tr. dum ait actorem non purgare moram, si semel per eum steterit siue die constituti, siue antea, siue postea per eum steterit: quoniam ante actio nata non fuit, postea autem expirauit. Nisi forte Tr. hoc sentit, si actor ante diem pecuniam accipere noluerit, postea eum ex constituto agere non posse. Quod ego 1. falsum esse puto, cum illa mora impedire non possit, quominus post veniente die recte actio ex constituto moueatur: sicut ita alias obtinet, vt positis habilibus terminis mora à creditore commissa purgari possit. Deinde oporret poni terminos habiles rite pecuniæ creditori oblatæ: quod si enim absente forte creditore reus paratam se pecuniam habere, & soluere velle coram testibus protestatus sit, hoc creditori non præiudicabit, cum creditor in loco illo sistere se iure non teneatur. Solet alias à quibusdam *ex d. l. 18. in princ.* probari, quod ante diem inuito creditori solui non possit: quod remittimus ad *disp. 29. p. 2. th. 2. lit. I* vbi ad *d. l. 18* respondemus. Tr. autem cum Accursio diuinatoriè, vt recte ibid. ait Castr. *num. 10* eum locum videtur accepisse de casu, vbi dies adiecta fuit in fauorem actoris: quoniam ex *d. l. 18.* hoc probat, si dies ita adiecta fuerit, vt alia non liceret soluere, tunc illam solam diem actori nocere. Enimuerò ex præcedentibus appatet, locum illum in genere de die adiecto quod regulariter fauori rei dari solet, accipiendum esse, & vtique accipi posse, in casu, quo ante diem actor in locum solutioni destinatum non venit.

THESIS XIII.

Obscurum & ambiguum videtur, quod ait hac thes. lit. C per hanc actionem non consumi actionem veterem. Equidem per constitutum obligationem priorem non nouari constat. Cæterum quoad cōcursum actionis huius & actionis principalis, ita omnino ius est, vt cum vtraque sit rei persecutoria, vna alteram consumat: sed hactenus speciale videtur habere hæc actio, quod concurrentem, non electione vel litis cōtestatione, sed solutione sequuta perimit, vt paulo ante dictum ex *l. 18. §. vlt* quem locum cū citet Tr. eodem respexisse videtur.

LIT. D.

Nimis generaliter hic affirmat, actionem constituti non expirare sublata principali: cum regulare sit, vt principali sublato accessorium tollatur. Et ipse locus allegatus est *l. 18. §. 1. h. t.* ostendit id esse speciale, & obtinere in actione & obligatione, quæ tempore expirat, quoniam aliàs tempus modus tollendi obligationem ex se non est. Et tot exceptiones à Tr. subiectæ, rarum & singulare esse, quod in th. proponitur, ostendunt: eaque regula potius in contrarium poni & casus *l. 18 §. 1 h. t* pro exceptione subiici debebat. Porro tot enumerari modi tollendi obligationes, exigere videbantur, ne species aliquæ veluti acceptilatio & nouatio omitterentur: quod aliàs ita Tr. thes. concepta est, vt exinde consequi videatur præter modos expressos & exceptos, cæteris omnibus casibus sublata actione principali accessoriam de constituto actionem superesse. Alioquin non erat huius loci operose modos, quibus tollitur obligatio, recensere, cui rei destinatus est locus proprius infra *p. 2. disp. 29.*

LIT. H.

Non satis intelligo, quale sit, aut quomodo verum sit, quod hic affirmat tolli actionē constituti, si alius pro debitore constituerit. Neq; enim nouatio hic statui potest, quæ etiam ex iure veteri requirit animum & voluntatem aliquam nouandi: neq; omnino constitutum quod citra stipulationem perficitur, nouationis inducendæ habet potestatem: vt proinde consequens sit, vtrumq; ex constituto teneri. Quod cū procul dubio verissimum sit, contrarium tamen ex sententia Tr. necessario consequi videtur: siquidem ei quod instar regulæ in thesi proponit, quod

quod sublata principali actione tollatur actio constituti, hanc subjicit exceptionem *nisi alius pro debitore constituerit:* adeoque hoc casu sententia Tr. consequetur, principalem quoque actionem tolli; siquidem idem est effectus exceptionis prioris de casu solutionis vel interitus. Et id tamen quomodo non falsum sit, non video: & ut maxime constitutum possit tollere prius, non tamen tollere poterit obligationem principalem, Idemque incommodum erit, etiamsi unum tantum constitutum, quod alius pro debitore facit, intercessisse proponas. Sed haud scio, an illa fortassis Tr. sententia sit, quam tamen verba per se minime ferunt quod constitutum sequens, conservet aliquando obligationem priorem, quæ aliàs expiratura esset: quam sententiam videtur innuere ratio subjecta, quod constitutor habeat beneficium excussionis neq; possit ejus obligatio subsistere sine principali. Et tamen ubi aliàs ruitura esset aut ruit obligatio, fieri non potest, ut per constitutum sustineatur; sed hoc efficit ratio ista, ut sublata obligatione principali constituto amplius locus non sit. Cæteroquin tautologiam commisit, & inconcinne hoc proposuit, si respexit ad causam *lib.* 18. §. 1. *h. t.* quo scilicet obligatio tempore peritura, tempore nondum elapsa, ita constitui potest, ut etiam post elapsum tempus actione de constituto liceat experiri.

Ad
DISPUTATION. XXIV.
DE COMMODATO ET ACTIOnibus ex aliorum contractu.

THESIS I.

LIT. A.


EX eo, quod v. c. commodatum depositum, & rem ipsam & contractum denorant, evinci ait discrimen contractuum re initorum ab omnibus aliis. Verum hoc accidentale & omnino leve discrimen est, quod à nomine sumitur. Sed & posset dici commodatio, depositio, &c. quin & feudum & emphyteusis, qui consensu magis constat, ipsam simul rem designat.

LIT. C.

Probat hic Cujacium, qui mutuum vocat commodatum ad abusum & commodatum mutuũ ad abusum. Quæ collatio & distinctio mihi non probatur, tum quia repugnat notio utriusque verbi jure tradita qua commodatum dicitur, cum modo datum, & mutuum, quod de meo tuum fiat: tum quod mutuum non recte dicitur dari ad abusum, quoniam pecuniam expendendo secundum ejus naturam eâ utimur. Et omnino hæc vera & principalis est horum contractuum differentia, quæ petitur à diversitate rerum: quod scilicet commodantur species & corpora, sed mutuo dantur quantitates & res fungibiles, quarum nullus usus est nisi in consumptione. E qua aliæ existunt: quod in mutuo, quia nemo nisi dominus rem jure consumere potest, dominium trãsferri oportet, quod idem genere restituitur, & quod res indistincte periculo est debitoris. *lib.* 11. *C. si certum petat.*

Ideoque & res aliena. Cum dixisset, in commodato tantum permitti usum rei, infert inde, etiam rei alienæ esse commodatum, etiam si res à prædone vel fure commodata fuerit. Quæ collectio vitio laborat, quia domini tantum, vel ejus qui jus dominio proximum in re habet, est, rem utendam alteri concedere, tantum abest, ut ea facultas concedenda sit prædoni. Et committitur hic fallacia in phrasi, quod in re aliena cõmodatum consistere possit. Etenim juxta Treutl. explicationem sequeretur vel maxime pignus, cujus nec usus transfertur, in re aliena recte constitui contra *lib.* 16. §. 1. *de pignorat. act. juncta lib.* 3. *in prin. de pignor. lib.* 1. §. 5. *de migrand.* scilicet commodatum rei alienæ hactenus saltem sustinetur, ut obligatio inter commodantem & cõmodatariũ nascatur, ita ut ille rem cõmodatam jure repetere, hic autem eo prætextu, quod res aliena sit, ejus restitutionem recusare non possit: qua de re alius erit dicendi locus.

LIT. D.

Etiam incorporalis.] Non videtur, concessi usûs rei corporalis aliud exemplum dari posse, quam commodatæ servitutis *arg. lib.* 8 §. 5. *de precar.* nam in specie *li.* 17. *in pr. de præscript. verb.* gratuito cõcessæ habitationis, non rei incorporalis, sed corporalis, videlicet ædiũ usus cõcessus fuit.

LIT. G.

Initio hujus literæ probat emendationem

Hottom.qui *in l.3.§.1. hoc tit.* ttans posita negatione legit, *proprie dicitur res reddita, qua non deterior redditur.* Verum frustra nodus quæritur in seirpo, & æquè rectè legitur, *proprie enim dicitur, res non reddita, qua deterior redditur*: eò magis, quod initio §, eod.modo habetur propositio negativa, *si res deterior reddita sit, non videri redditam.*

Sed quid est dicis gratia.] Agit hic de explicatione *l.4.hoc tit.* ubi pecunia dicitur commodari dicis gratia. Et interpretationes ab ipso propositæ ut phrasis illa significet aliquid fieri, verbi causa, perfunctorie aut neglecte, vel ut satisfiat legis solennitatibus, licet alicubi & aliquando locum invenire possint, vel ut posterior in casu *lib.66 de jur.dot.* minime tamen sententiæ *l.4.hoc tit.* convenire videntur. Videtur res commodata dicis gratia, quæ tantum in speciem commodata est, & commodata tantum dicitur, potius quam ut revera commodata sit, cujus exemplum *in l 18.§.1.de reb.credit.& in l.3.§.ult. hoc tit.* si pecunia ad ostentationem & pompam concedatur, quoniam pecuniæ, quatenus consideratur ut commodata, & ut in terminis commodati subsistens, iste est usus. Neque movet, quod in subjecta l.4 dicitur sæpe etiam, &c. quia cum sit diversi autoris ille locus, non est præcise necessarius, ut pro ampliatione accipiatur: neque quod in d.l.4. dicitur dicis gratia pecuniam numerationis loco intercedere, alium sensum recipere videtur, quam quod eum aliàs numeratione mutuum constitui dicatur, hoc casu numeratio non vera, quippe non facta ad alium finem, ut accipienti jus sit eam consumenti, sed imaginaria esse videtur.

THESIS II.

LIT. C.

Pugna l 5.ult.cum l.21 §.1 hoc tit. non satis perspicue à Tr.proposita, in hoc consistit, quod in illa contra singulos in solidum, in hac pro parte agi dicitur. Et conciliatio quam ex Hottom.proponit jam olim ab Accurs. tradita est, quem sequuntur *in d.l 5.§.ult Bart Castr. & Salicet.* qui in hoc tamen errare videtur, quod distinguit inter obligationẽ primitivam, ex qua singulari pro parte teneantur, & eam quæ oritur ex culpa & dolo: siquidem dubium non est etiam ex causa contractus realis duos reos debendi in solidum constitui posse.

LIT. D.

Quod in pri.exegesis ait hæredem teneri pro parte qua hæres est, nisi ex facto ipsius agatur, explicandum est ita, ut tunc ex facto illius hæredis agi dicatur, si unus hæres dolo vel culpa rem corruperit, vel reddiderit deteriorem. Est autem & alias exceptio, si unus hæres rem totam habere ejusq; restituendi facultatem *l.3.§.3.hoc tit.*

Etiam adversus pupillum.] Non satis assequor, quidnam sibi velit Tr.dum ait, hanc actionẽ dari etiam contra pupillum locupletiorem factum per interpretationem extensivam. Simplex sententia est *l 3, in pr.h.t.* sicut ex aliis causis, ita quoque ex causa commodari pupillum, qui conditionem suam facit meliorem rectè conveniri: & quidem ex edicto Pii actione magis dativa quã nativa, quoniam obligatio ista ad patiendam actionem inefficax est, neque convenit rationi juris, ex accidẽti & eventu vires obligationis pendere. Sed nimirum imperator pius animadvertit, ita favendum esse pupillo, ne cum injuria alterius iniquum faceret lucrum.

Et tandem adversus eum. Nihil necessum erat hoc separatim proponere, dari hanc actionẽ adversus eum, qui non rectè utitur re commodata: quia hoc regulare, ut hæc actio ob dolum vel culpam commodatarii habeat locum, sed hactenus speciale erit, si dicamus isto casu etiam ante finitum præscriptum tempus agi posse.

LIT. F.

Affirmat hic indistinctè Treutl. si reus, pretiũ deteriorationis solvere paratus sit, quod commodans ipsam rem accipere teneatur. Hoc quidem citato loco refert *Schneidvv. ex Angelo*, (licet *Jason.* ad quem se refert *in l.2.§.mutui dato.de reb. cred.* nihil hac de re disputet) sed dubiũ facit ipsa citata *l.3 §.1 h.t* quæ rem deteriorẽ redditam nõ videri redditã scribit & hanc sententiã quod rem deteriorẽ nec cum pretio deteriorationis recipere teneatur cõmodans, disertè probant *Bart. in l. & eleganter.§ non solum in fi. de dol mal. ibid. Bald. col.3.* Temperandam puratim utramque opinionem distinctione deteriorationis, quæ si gravior sit ita ut rem habere non expediat, summa ratio suadet æstimationem rei integræ à commodatario præstandam esse.

LIT. G.

Æstimatio autem.] Hac de re circa æstimationem referendam ad tempus rei judicat, dicta sunt aliqua *ad disp.20.de mutuo. th.13.* intelligo autem hoc nisi res dolo rei perierit, quo casu in litem juratur.

Gene-

Generatim vero.] Ait hinc intelligi, quamobrem hæc actio condictio dicatur. Quod si ex præcedentibus intelligendum est, ratio erit, quia re perempta ad æstimationem datur. Atquin ex eo quod culpa commodatarii contingit, non autem ex natura sua actionem denominare, minus convenit: & Treutl. eo respexisse non videtur, quia hanc rationem subjicit huius appellationis, quia intendatur dari fieri oportere. Quæ consequentia non videtur esse bona, quia ut docet §. 15.*Inst.d.action* condictiones à prisco condicendi & denunciandi ritu appellatæ fuerunt: licet verum sit, illam denuntiandi rationem actionum personalium propriam fuisse. Porro nec illud recte dicitur, quod in hac actione intendatur dari fieri oportere: vel quia conjunctim hoc non intenditur, vel quia etiam neutrum recte accommodari posse videtur, nisi verbum *facere* contra usum juris latissime, ut cuiuscunque rei restitutionem comprehendat, accipias. Et suspectum mihi est, quod ipse Tribon. in genere ait *in §. appellamus.15.inst.de action.* in personam actiones esse, quibus dare aut facere oportere intenditur, nisi ille forte ad id quod frequentius est respexit. Plane secundum specialem usum verbi *condictionis*, qui proponitur *in d.§.in fin.* & juri nostro magis convenit, quo condictiones contra dominum dari dicitur, apparet hanc actionem commodati, condictionem recte dici non posse.

LIT. H.

Agit hic de concursu actionis commodati cum actione L.Aquiliæ: quia de re sententiam nostram de explicatione & lectione *l.34.de O.& A.in fin.* proposuimus supra *ad disp 18.d.L. Aquil. thes.10.lit.I.* ubi illam lectionem, quam hic Tr. probat quæ utramque negationem tollit, minus recte se habere ostendimus.

LIT. I.

Affirmat in th. quod cum actione commodati concurrat rei vindicatio. Cum autem concursus dicatur ratione ejusdem personæ, sequetur ipsi commodanti rei vindicationem contra commodatarium dari Quod licet pro certo videantur proponere *Dd in §.omnium l.de action. & ibi Jas & Joh.Fab.* ubi tractant de secundo requisito ex parte rei, mihi tamen verum non videtur, ut contra commodatarium qua talem & pro tali se gerentem rei vindicatio detur, siquidem hic nullo modo rem sibi asserit, & neque dominii, neque possessionis controversiam petitori movet. Aliud est in tertio dominium sibi asserente, de quo casu accipienda est *l.9 de rei vind.* ubi commodatarius quasi, nomine commodantis conveniri videtur: qua de causa introductum est, ut ipse dominum rei sive possessorē, à quo causam habet nominando actionem declinare possit *l.2. C.ubi in rem actio.* Neque obstat *l.24.§ 2. de bon. aut jud.* ubi nummi depositi vindicantur a depositarijs: quoniam ibi speciale est & agitur de casu, in quo de vendendis bonis tractatur, & de concursu creditorum, ubi ipsi quodammodo creditores possidere videntur.

Ex qua recte probatur.] Ait recte probari *ex d. l.9.de rei vind* quod commodatarius possideat naturaliter, eoque duos alterum naturaliter alterum civiliter, in solidum possidere posse. Quæ collectio omnino vitiosa est: quoniam *in d.l 9.* non ideo ICtus rei vindicatione commodatarium & cæteros teneri affirmat, quia possideant, sed quia teneant saltem & habeant restituendi facultatem, & improbatur opinio Pegasi, qui possessionem veram requirebat: ut adeo ex ipsa *d.l.9* commodatarium non possidere probetur. Equidem ICti aliquando per abusionem etiam detentioni possessionis verbum accommodant *l.3.ult.cum l.seq.ad exhib.* verum ubi disputant, an duo in solidum eandem rem possidere possint, minime verbo possessionis ita utuntur, quod aliâs, quin illa quæstio affirmanda sit, nec ratio dubitandi superesse queat: & fatuus ita fuerit, *Paul.in l.3.§.ex contrario de acquir. possess.* acriter cõtendens duos in solidum possidere non posse: de quo pluribus agitur infra p.2.disp.21.

An vero qui utendum.] proponitur hic quæstio, an commodatarius teneatur de damno ab alio dato. Ubi Treut. Post *Hottom.4.observ.11.* putat dissensisse ICtos, & quod sententiam Juliani negantis *in l.19.h.t.* improbaverit post Marcell. *Vlpian.in l.41. locati.* sed verius est Juliani sententiam non tam simpliciter improbari, quā potius duabus adjectis exceptionibus limitari. Regula proponitur à Juliano *in d l.19.* non teneri propter damnum ab alio datum, qui quid servandum conduxit vel utendum accepit: quoniam nulla cura consequi & cavere possit, ne alius injuria damnum det. Quæ ipsa ratio exceptiones illas duas in l. 4.1.locati admitti suadet. 1. si custodiri potuerit, ne damnum daretur. 2. si ipse custos appositus à me damnum dedit, quoniam factum custodis merito ipse præstare teneor. Ut

proinde apparet, non satis causæ habuisse Hotoman. cur tantopere in Tribonianum hic inveheretur, siquidem exceptiones cum regula non pugnant, sed ei saltem in aliquo derogant. Et hæc jam olim *add.l.19. & 41.* annotavit Accurs. In prima tamen limitatione revera Julianum cavillatus est Marcellus, siquidē de regula non est, cum Julianus proposuerit custodiri non posse, ne damnum daretur, itaque culpam exclusit.

THESIS III.

Thesis hæc plana satis est, quam strictim percurremus. Quod lit. A. de juramento in litem proponit extra propositam materiam est. De gradibus culpæ & explicatione lib.32. depositi diximus quænam ad disputationem 10. thes. 5. liter. E. agitur infra disputation. 26. thes. 2. Quod liter. F. de periculo ex mora præstando dicitur, limitandum est juxta tradita supr. disputat. 15. thes. 7. & part. 2. disputation 3. thes. 8. siquidem naturalis interitus rei etiam post moram indistincte ad debitorem non pertinet. Nec illud satis liquidum est, quod liter. H. tradatur de re, quæ æstimata commodata est: dum quia dubitari potest, an necessaria sit expressa conventio de restituenda æstimatione ut periculum sit commodatarii, an sufficiat simpliciter rem æstimatam fuisse: tum an in casu expressæ conventionis, quo venditionem contractam videri ait Treutl. locus sit actioni commodati, *argument l.16. de jur. dot.* ubi in casu dotis æstimatæ actionem ex empto dat ICtus: tum denique an re extante ipsa etiam an tantum æstimatio peti possit. Dixerim non eam videri mentem fuisse partium, ut plane transformaretur contractus, sed ideo adjectam æstimationem, ut in eventum rei deperditæ expeditior actio & executio esset. Illud autem recte Treutlerus, quod contra sententiam quorundam imo communiter *Dd. in l. 4. reb. credit. in leg. 5. §. 3. hoc titulo.* periculum non illud tantum quod ex culpa, sed etiam quod ex casu fortuito provenit, accipit: & firmatur ea sententia 1. ex ipsa proprietate vocis, periculi. 2. quod regulariter ob levissimam culpam teneri commodatarium constat, quod etiam ita proponitur *in §. secundo, in fine.* & subiicitur *in §. tertio.* re æstimata etiam periculum præstari, & aliâs æstimatio illa nihil omnino operaretur. 3. *ex l 17 § 1. de præscriptis verbis.* ubi si ego te rogavi, meum dicitur esse periculum, rogare autem intelligitur cōmodatarius. Sed obiicitur quod in §. subiicitur, quod senectute, morbo vel latronum vi contigit, commodatario imputandum non esse. Respondeo istud non referendum esse ad casum æstimato rei datæ, sed ad generalem illam regulam præmissam in §. 2. quia commodatarius dicitur teneri præstare culpam & diligentiam: cum præsertim constet §§. arbitrio compilatorum excerptos & conjunctos esse. Non dissimulo tamē, periculi verbum aliquando in specie sumi, ut distinguatur à casibus fortuitis, & ad causam naturalis interitus referatur, ut colligi potest ex *lib. 1. §. sæpe. 35. depositi.* & ex collatione *l. ultim. de condict. casu. dat. cum. l. 5. §. 1. de præsc. verb.* ubi periculum explicatur de morte, & *ex l. 11. in fin. cum l. 14. § ultim. depositi. l 37. 1. de negot. gest.* licet alibi etiam generaliter usurpetur, ut *in l. 4. in pr. de reb. cred.*

THESIS IV.

Lit. C.

Ait commodantem ob damnum quod ex re commodata sensit commodatarius, doli tantum etiam latæ culpæ nomine teneri. Atquin ego malim sequi regulam, qua ubicunque de eo quod interest & restitutione damni d. ti quæritur, latam culpam dolo æquiparari traditur. Neque obstet *l. 1. 8. §. 3. h. t.* quia satis habetur pro sciente, qui in lata culpa est. Non etiam *l. 61. de furt.* ubi dicitur in hoc casu, quia nulla sit utilitas commodantis paulo remissius versari nos debere circa interpretationem doli: quia hoc eo saltem pertinet, ut facilius commodantem excusare debeamus à dolo, & consequenter etiam à lata culpa: cæteroquin ubi verè lata culpa est, quo minus pro dolo habenda sit, textus iste non prohibet.

Lit. D.

Duplicem hac lit. quæstionem proponit 1. quæ sit ratio appellationis & causa cur actio alia directa, alia contraria dicatur. Ipse hanc reddit rationem, quod commodatum contrahatur accipientis causa actio contra eum competens merito directa & principalis appelletur. Quæ consequentia si bona est, sequetur contra deponentem vel manentem, quorum gratia hi contractus fiunt, dari actiones directas. Quod cum falsum sit, in petenda ratione istius denominationis non considerandum erit, cujus utilitatem contractus respiciat, sed quis principaliter & primo ex contractu obligetur: quo modo obligantur commodatarius, depositarius, mandatarius,

depo-

deponens autem vel commodans ex post facto & quasi per accidens obligari videntur. Neque bona videtur ratio Treu. quamobrē actio dicatur cōtraria, quod cōcedatur ex opposito: siquidem ubicunq; utrinq; actio datur, alterā respectu alterius ex opposito concedi oportet. Forte cōmodius dicetur, quod cū actio ista nascatur ex post facto & ex accidenti, quod aliud v.c. in rem impensum vel ex ea damnum acceptum est, ideo eam contrariam dici ceptam esse, quod sicut commodatarius ad restituendam rem tenetur, ita quoque commodantem v.c. expensarum nomine commodatario vicissim sive contra obligari æquum fuerit visum.

Si res commodata.] Altera hæc quæstio est, si post rem commodatam furto fortassis amissam commodatarius conventus ejus æstimationem præstiterit, & res postmodum in potestatem cōmodantis redierit, & commodatarius qui jam ejus æstimationem solvit, agat, actione contraria cujus sit futura electio inter rem & æstimationem: & respondet pro commodatario, sive agatur condictione sine causa sive rei vindicatione, quod sc. per æstimationem litis quam præstitit commodatarius res ei vendita videatur. In quibus hæc animadvertenda occurrunt. 1. quod quæstionem format de actione commodati contraria & tamen respondet, electionem competere sive agat condictione sine causa sive rei vindicatione: ideoque dicere debebat, idem futurum si istis actionibus agatur. 2. In actione in rem electio actori tribui non potest: ideoque dicere debebat, in electione commodatarii esse, an condictione sine causa an rei vindicatione experiri velit. 3 ratio qua utitur Treutler. quod vendita videatur res commodata potius hoc concludit, ut tanto magis ipsam rem tantum persequi possit. 4. quod in hoc casu rei vindicatio commodatario competat, (licet hanc etiam cōcedant ipsi Bart. & Salicet. *in l. 17. §. ult. h. t.*) dubio carere non videtur: quod commodatarius nec dominus nec possessor unquam fuerit, neque quævis æstimatio citra conventionem desuper factam, venditionem inducit: & insuper fingendum esset, quoniam ex venditione sola dominium non transit, ita rem videri traditam, ut tempus æstimationis præstitæ ad tempus cōmodati adhuc durantis retrotrahatur, quo casu alia traditione opus non est, *§. interdum 44. de rer. divis.* Neque facit pro Treutler. *l. 63. & 76. de rei vind.* quos textus etiam Bart. & Salicet. adducunt in quibus possessori qui litis æstimationem exsolvit, utilis in rem actio accommodatur. Etenim diversa ibi tractatur species, & ab eo qui rei vindicatione conventus, ad commodatarium non recte infertur: tum quia *in d. l. 63.* qui litis æstimationem solvit, possessor fuit, adeoque recte notat Castren. *in d. l. 17. §. ult. h. t.* non aliter fieri hunc dominum, nisi tempore solutionis fuerit possessor, vel voluntate ejus qui dominus erat possessionem consequutus est: tum quia facilius emptio statui potest in eo qui verus possessor, quam qui nudus detentator fuit: tum quia ex causa actionis in rem facilius credi potest emptio, quam ex causa obligationis in personam: & in specie *d. l. 63.* ideo rei vindicatio utilis conceditur, quod petitor æstimatione recepta, quodammodo retro rem possessori vendidisse censetur. 5. quod electionem dat commodatario, magis dubium videtur: quod regulariter debitoris sit electio, cujus vices commodans instituta actione à cōmodatario, sustinet: quod jus commodantis *l. 17. §. ultim. h. t.* satis perspicue confirmat, in qua verba, *præstare, reddere* non ad commodatarium, sed ad commodantem referuntur: cui etiam electionem dat gloss. *in d. l. 17. §. ultim. & ibid.* Bartol. & Salic. qui ex sententia Jacobi distinguunt inter genus actionis quod commodatarius elegit: quod sc. actione commodati alterutrum petatur, condictione sine causa pretium, & utili vindicatione res ipsa. In quo utique labitur Treut. qui commodatario, quacunque experiatur actione dat electionem, cum tamen apertissimum sit, ubi secundum naturam actionis res ipsa vel pretium petitum & in judicium deductum est, ex parte actoris amplius electioni non esse locum; ut proinde nulla sit consequentia, qua quidam concludunt: commodatarius habet jus eligendi qua actione uti velit; ergo etiam simpliciter habet jus eligendi, an pretium an rem habere velit: nisi ita accipiatur, quod intendendo hanc vel illam actionem, efficere possit ut vel rem vel æstimationem consequatur. Licet nec istam consequentiam admittat Batt. & Salic. *in l. 17. §. ult. h. t.* utpote qui quacunque instituta actione arbitrium restituendi quod velit commodanti concedunt: quod in duabus quidem actionibus admittit Castr. sed & in rei vindicatione negat: ut adeo & textibus & autoritate Treutl. sententia destituatur.

LIT. E.

Ait, quod quis contrario judicio consequi potest, id etiam recto judicio conventum habere salvum jure retentionis, non compensationis, quia tantum quantitatis hinc inde debitæ recōpensatio. Equidem quoad effectum, de quo hic tractatur, nihil cæteroquin interesse videtur, an retentionis, an compensationis jure id commodatarium habere dicamus. Sed & claudicat Tr. ratio: quoniam re amissa vel corrupta etiam in directum judicium quantitas venire potest. Sed nimirum Tr. diversas quæstiones confundere videtur, de jure cōmodatarii in objicienda cōpensatione: quod scil. interest an ipsa actione commodati, an alia conveniatur: de quo posteriori controversia est inter citatos Cuiac. & Forner. Et tamen contrarius sibi est *Tr. disp seq. th 7. lit. F.* ubi etiam in commodato compensationi locum facit, de quo ibid. agemus.

THESIS V.

LIT. C.

Improprie refertur precarium sub contractum innominatum do ut facias: quia neque precario concedere, dare, neque restituere, facere est, pro ut ea verba in materia contractuum innominatorum usurpantur *argum. l. de præscript. verb l. 7. in princ. de pact.* siquidem *dare* ibi significat transferre dominium, & facere quid in vicem compensationis pro eo quod datum est: & alias mutuum, commodatum, depositum, pignus sub istum contractum do ut des referri possunt.

Porro similitudines & differentiæ precarii & commodati hac liter. C. & seqq. traditæ, valde sunt generales & communes pleræque & quod liter. D. de absentibus proponitur, rectius ad modum contrahendi, quam ad personas refertur: neque convenientiam præcipuam, quod utrumque datur ad usum omittere debebat. Illam vero differentiā, quæ est sub lit. G. non satis assequor, quod commodatum informetur regulis juris civilis, precarium autem in terminis juris gent. subsistat: quoniam hæc talia sunt, ex iis actio non nascitur, velut supra disp. 6. pactum in terminis juris gent. subsistere dixit: nomine autē precarii actionem dari constat: sed qualis & quænam actio detur, non satis expeditum est: quo pertinet controversia & disputatio litera I. in qua pugnantes in speciem sunt textus, *& in l. 14. de precario. juncta l. 8. §. 3. eod.* magis ad donationis quam ad negotii contracti causam hoc dicitur pertinere, eoque procul ad interdicta rejecta est hæc tractatio à materia cōtractuum, quorum naturæ non videtur convenire ut negotium pendeat à libera voluntate alterius, unde *& in l. 14. §. 11 qui de furt.* ex precario civilis actio negatur. Sed contra *in l. 2. §. in fi. & l. 19. in fi de prec.* actio præscriptis verbis, quæ utique civilis est conceditur. Conciliationes Acc. fere sunt divinatoriæ. Tr. inter æquitatem & jus strictum distinguit. Magis probo quæ fere etiam sententia est Gilberti Regii. *1. contrar. 10.* ut inter initium & progressum distinguatur. Initio enim quod negotium hoc donationis instar esset, nulla videtur data fuisse civilis actio, quod movit prætorem, ut desuper interdictum proponere, sed postea ICti, cum precariū cōmodato simile esse animadverterent, actionē civilē etiam admisisse & accōmodasse videntur. Et repetendum hic est, præscriptis verbis actionem duplicem videri, alteram quasi ordinariam, quæ ex quatuor illis articulis, *in l. 5. de præscript. verb.* expressis, descendit: alteram incertam & irregularem, quæ diversis factis, quoniam multa & varia sub d. tit. de præscript. verbis proponuntur, actionem certam non producentibus, ex æquo & bono accommodatur: cujusmodi ea, quæ pro precario datur: non ad interesse, ut alias actio præscriptis verbis, sed ad restituendū unde & dicitur condictio incerti, *l. 19. in fin de precar.* quia per eam qualis qualis possessio condicitur, ad imitationem actionis commodati: quo pertinet, quod post Paul. *5 sent. c. 6 § redditur.* Cuiac. *scribit in l. 7 de pact.* etiam cæteras actiones præscriptis verbis ad exemplum nominatarum actionum esse introductas. Scio à quibusdam ita distingui quod precarium aliud sit purum *l. 1. & 12. de precar.* aliud mixtum, in quo interveniat aliquod lucellum *arg. l. 11. & 12. de precario,* ex quo demum quia habeat aliquem modum & finem certum, & tempus etiam admittat, putant nasci actionem civilem. Verum accedente modo fine, & tempore vix erit, ut non transeat in commodatum & divinatorium est, ut in specie *l. 2. & 19. h. t.* quibus locis civilis actio conceditur, lucrum aliquod intercessisse dicamus. Sed quoniam versamur in explicatione litera I. videamus de eo, quod ibi in extremo adnectit, cōcedenti contra accipientē etiam rei vindicationem competere. Cui sententiæ obstant ea, quibus sup. commodanti contra commodatarium actionem eam

dari

dati negavimus: Neque movet, quod interdicto possessorio locus est, quia hoc necessitatis gratia, cum deficeret alia actio proposuit prætor; & vindicationis alia ratio, in qua petitor intendit dominium, cujus frustra probationem, susciperet, ubi de precario constat, & precarium reus fatetur.

Jam regrediamur ad lit F. in qua illud dubium quod etiam commodatum indistinctè more accipientis finiri affirmat: quia ubi commodatum usque ad certum tempus conceditur, non improbabile videtur, intra illud defuncto commodatario, usum residui temporis ad heredes transire: quod tamen nunc in medio relinquo.

Sub lit H. non satis benè dici videtur restituendum esse usum: quia hic à re ipsa quæ restitui debet omninò est diversus. Neque probandum puto, quod ibid. simpliciter ait, precarium etiam statim & intempestive repetenti restituendum esse: quia rationi & naturali æquitati quam ipse Treut. lit. I. hic considerandam monet repugnat, ut prætextu liberalitatis quis decipiatur, quod facile non contingere potest. ut revocatione intempestiva damnum alteri inferatur, cum potius tacita quadam conventione hoc semper agi intelligendum sit, ut accipiens ex precario cõsequatur utilitatem. Plane ex scopo petentis, & qualitate ipsius rei quæ rogata precario fuit utenda hęc cõtroversia ex parte decidi posse videtur.

LIT. K

Hanc rationem reddit, cur in precario tantum præstetur culpa lata & dolus, quod hoc liberalitas postulet concedentis: quæ ratio non videtur concludens: quia cum hæc liberalitas solius accipientis utilitatem respiciat, tanto major ad hoc adhibenda diligentia videtur, ne alteri liberalitas sua sit damnosa: quæ ratio suasit, ut in cõmodata quod itidem gratuitum est, exactissima diligentia requireretur. Ideoque fortassis verior ratio est, quod precarium nullos habet terminos, sed ad arbitrium solius concedentis revocatur. Cui consectarium est, quod vera differentia commodati & precarii, à modo & forma concedendi dependeat, unde etiam diversitas obligationis ad restituendum existit, quam ex parte expressit Tr. sub lit. H. Cæterum hàc lit. L. alia differentia commodati & precarij excutienda est, quod pupillus commodatum accipiens sine tutore, non teneatur, sed interdicto de precaria indistinctè teneatur, idque ex varietate formularum dependere existimat cum Cujacio 23. *observa* 21. In quibus hæc notanda occurrunt 1. quod ut pupillus interdicto de precario teneatur, præsupponendum est eum rem tenere, ceteroquin interdicto locus non erit 2. ex hoc ipso vitium hujus differentiæ infertur, quoniam pupillus qui rem adhuc tenet, etiam ex commodato conveniri poterit *per l.* 3. *h. tit.* quippe quod ad hunc effectum, ut pupillus ex edicto Imperatoris Pij conveniri possit, pupillus locupletior factus dicitur, qui pauperior factus non est, quoniam sufficit hactenus pupillo consulere, ut ne sit in damno *l.* 47. §. 1. *de solut.* 3. Differentiæ ratio rectius dicitur pendere à diversitate actionum sive remediorum, actionis commodati & interdicti, quod cum sit possessorium, non nisi super eo quod quis tenet concipi potest: quin ex supra dictis sequitur, si pupillus rem teneat, etiam formulam actionis commodati in eum convenire. 4. Ista differentia claudicat, quod nomine precarij non tantum interdictum, sed etiam actio præscriptis verbis & condictio competit, cujus formula cum formulis actionum ex contractu procul dubio concordat, nec quicquam proderit pupillo, si hoc vel illo remedio conveniatur.

THESIS VI.

LIT. B.

Rationem hic reddit, cur exercitor teneatur: quod qui per ministerium alterius contrahit, ipsemet contrahere jure civili intelligatur. Atquin primo actiones istæ de quibus hic agitur non civiles sunt sed prætoriæ. 2. jure civili potius regulare est, ut & per alium alter nec obligetur, nec alteri obligatio quæratur. Regula autem illa juris, quod quis per alium facit, &c. ad eos casus pertinet, qui per alios expediri possunt. Et alia possessionis illa obligationis ratio est. *argum* §. *ex his.* 5. *Institut. per quas personas nob. acquir.* quoniam ut post Dd. tradit Zas. *in l.* 5. *per procuratorem* 2 c. *de acquirend possess.* traditio sive apprehensio res est actus naturalis, stipulatio autem vel obligatio est actus civilis, qui non egreditur personam agentis.

LIT. C.

Præter civiles actiones.] Hæc verba duplicem admittunt sensum. 1. ut prætor has introduxerit actiones præter civiles, quæ cõpetunt cõtra ipsum præpositum qui contraxit, si sit libera persona. 2. quod introduxerit eas præter civiles

quæ-

quæ dabantur contra ipsum præponentem v. c. patrem vel dominum. Prior sententia & explicatio omni modo vera est, sed posterior dubia, quam tamen etiam probat. Treut. hæc ipsa th. lit.H. ubi ait si magister fuerit filius famil.vel servus, potuisse directo agi cum patre vel domino. Quod quidem ex eo dubium fit, quod prætor actiones istas exercitoriam, institoriam, &c. necessitate suadente introduxisse videtur, quod jure civili contra præponentes actio non esset: quod confirmatur ex §. *actiones*, 10. *Institut. de action.* ubi hanc reddit rationem Justin. introductæ actionis de peculio, quod ex contractu filiorum servorumve, patres dominique ipso jure scilicet civili non tenerentur. Neque obstant textus *in l. 29. de reb. cred. & in §. ultim Institut. quod cum eo. &c.* quia dicam hoc ipsum ut condictio daretur contra patrem & dominum, post actiones istas à prætore introductas receptum fuisse, quod nihil interesset, qua actione debitor conveniretur: licet & quod de condictione dicitur ad eum casum restringi possit, quo speciali jussu patris dominive filij aut servi contraxerunt, vel etiam in rem domini & patris verterunt.

LIT. I.

Sub finem hujs lit. proponit de pecunia quæ minorenni vel civitati data est, quod creditor probare teneatur in rem ejus versam esse. Id quidem ab hoc loco alienum est, & quod de civitate dicitur, referendum est ad casum, quo syndico vel administratori pecunia data fuit, quem casum etiam tractat Cujac. *in l. ultim. de exercit act. tract. 8 ad African.* Cæteroquin contrarius sibi fuerit Treut. supra disput. 20. thes. 5. lit. A. ubi ait civitatem ex mutuo tanquam privatum obligari & Disp. 11. thes. 8. lit. H. civitatem sine beneficio restitutionis obligari. Quid in minore juris sit tractatur supra dict. disput. 11. th. 9.

THESIS VII.

Hac thesi definitio actionis institoriæ angustior est definito, quoniam hæc actio non tantum adversus patrem & dominum quorum Tr. meminit, sed adversus quemcunque præponentem datur.

LIT. E.

Quærit hic, an hæ actiones, sint condictiones certi vel incerti. Quæ quæstio parum videtur subtilis, quod ea de cujuscunque contractus actione proponi posset: quoniam actiones istæ, tantum actionum aliarum sunt qualitates: sed &, actiones speciales contractuum, nisi latissime accepto vocabulo §. 15. *Instit. de act. l. 25. in princip. de oblig* condictiones appellari non solent, sed certum tantum actionum genus in personam, quæ contra dominum dantur: & in specie, quod ex usu juris actiones istæ non recte condictiones appellentur, probatur *ex l. 29. de reb. credit. & ex §. ultim. Institut quod cum eo.*

Neque imputatur contrahenti.] Proponitur *ex L. 17. §. 3. h. t.* quod non imputetur ei qui scivit dominum decessisse: ubi pro *sciens*, Anton. Fab. reponit, *nesciens*: tum quod præpositio sit quædam mandati species, tum per textum *in l. ejus qui 41. de hered.* ubi non recte solvitur institori calendarii mutato ejus statu: tum argum. à contrario sensu *ex l. 5. §. penult. h. tit.* ubi æquum esse dicitur, ignoranti dari actionem. Attamen argumentum à contrario sensu nihil potest contra textum expressum: qua de causa Accurs. *in d. l. 5.* subaudit, *maxime*, & alia mandati alia præpositionis istius ratio est, propter utilitatem promiscui usus, de qua *in d. l. 17. §. 2.* cum institor quasi mercatoris cujusdam vices sustineat: & ad *l. 41. de reb. credit.* præter ea quæ Accurs. notat recte respondetur cum Zas. ibid. decisionis rationem non tam sumi à morte domini, quam à mutato statu institoris: nisi forte etiam alia ratio est institoris qui mercem exercet, & qui fœnus, cujus utilitas tanta non est. Et ut hoc add..mus, colligitur *ex d. l. 17. in §. 3.* facilius dari actionem ei, qui ante aditam hæreditatem, quam qui post cum institore contraxit, maxime si talis sit hæres, qui institorem removere non possit, cæteroquin qui expresse eum non removet, præpositionem intelligitur approbare *argum d. l. 5. §. penult. h. t.* in quo diversa omnino contractus mandati ratio est.

Sed anne institores.] Eos qui factores vulgo dicuntur, ex contractu suo non aliter obligari censet Treut. quam si etiam suo nomine se obligaverint. Quod ex ratione juris nostri verum non videtur, sive quis eos cum procuratoribus comparet, sive cum veris institoribus, quos si liberi sint, ipsos quoque teneri constat: eoque factores quoque illos si simpliciter contraxerint obligari existimo. Neque obstat *lib. ultim. de instit. act.* in qua proponitur casus singularis, ubi nec contractus proprie est, & institor nominatim & in specie fecit nomine

præ-

præponentis, cæteroquin, ut dictum, institorem de quo d. l. loquitur, regulariter ex contractu obligari constat.

THESIS VIII.

LIT. A.

Vt quæstus ad ipsos servos redeat.] Improprie hoc dicitur, quippe quod omne lucrum & quæstum ad dominum pertinere constat. Et illud lit. C. magis adhuc improprie dicitur, quod actio de peculio domino competat, qua sibi debitum deducat: pro eo quod dicere debebat, dominum actione de peculio conventum, cui in proposita specie tantum locus est, deductionis jure uti posse.

LIT. D.

Qui dolo malo versatus est.] Cum hæc verba in ipsa th. & in definitione ponat, satis inde colligitur, cum hoc casu tantum actioni tributoriæ facere locum: quæ sententia confirmatur *ex §. introduxit 3. in fi. Inst. quod cum eo, &c.* si quis, inquit Just. ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat prætor, quæ tributoria appellatur. Verum utcunque hic fortassis principalior istius actionis sit usus, attamen ei etiam locus esse videtur ab initio ante distributionem factam, ut dominus merces tribuere, & partes æquales pro rata creditoribus assignare teneatur: quod probatur *ex §. cæterum 5. vers. tributoria. Inst. quod cum eo, &c.* tributoria, inquit Justin. expedit agere quia in ea domini conditio præcipua non est: qui locus evincere videtur, hanc actionem non tantum pro distributione emendanda & corrigenda, sed etiam pro ea instituenda intentare posse. Sed tamen non videtur ista condemnatio vera esse, distribue merces: ideoque magis puto: controversiam de permissione & scientia domini apud prætorem decisam fuisse, eaque approbata, prætorem ut distributio fieret jussisse: inde non rite distributione facta ad judicem itum fuisse.

LIT. E.

Ait in extremo, quod tributoria actio ab institoria differat subjecto. Quid vero per subjectum hic intelligatur, ego satis explorare non possum.

THESIS IX.

LIT. A.

Ait Tr. quod rubrica ista complectatur actiones institutas in favorem creditorum, talemque esse & hanc, quatenus alias jure civili actio competere non posset. Atquin imo hæc actio etiam favorem respicit debitoris, & in eo satis perspicue labitur Treutl. quod in hunc tantum casum actionem istam propositam putat, quo jure civili actio non competebat: siquidem non tantum in emancipatum, sed etiam in exhæredatum & eum qui ab hæreditate abstinuit, imo etiam qui ex modica parte institutus est, edicto illo nomine ejus quod vivente patre cōtractum est, non solidum, sed quātum facere potest prætor actionem concedit *l. 2. in pr. & §. 1. quod cum eo, &c.* quos jure civili in solidum teneri constat; eoq; respectu favorem debitoris vel maxime, ne dicam tantum, hæc ratio concernet. Ut taceam, quod & communius & verius est, emancipationem hodie capitis diminutionem non esse, eoque emancipatum etiam jure civili hodie cōveniri posse, utcunque dissentiat Tr. & hic supra *disput. 11. th. 16.* ubi propria hujus quæstionis sedes est. Cæterum quod Dd. ex quibus nullum citat. Tr. vulgo dissentiat, non satis intelligo, neque hoc vel ex Acc. vel ex Bart. aut Bald. *ad l. 1 quod cum eo, &c.* colligi potest, neque illi actionem istam nullo modo favorem debitoris respicere affirmant: sed ipse Accur. & Bart. notant *d. l. 1.* sit generalis ad tit. aliquot seqq. idipsa ICti verba satis ostendunt.

LIT. C.

Qui peculium amittebat.] Imo simpliciter emancipatus, nisi expresse peculiū pater ademisset, illud retinebat per cit. *l. 31 §. 2. d. don.* Neque hæc causa fuisse existimanda est ob quam ex edicto prætoris emancipatus non conveniebatur in solidum, quod ipsi peculium ademtum erat: quoniam in modico peculium illud consistere solebat.

LIT. D.

Vel abstinentem ab hæreditate.] Debebat addere, *ex l 2. §. 1. quod cum eo, &c.* ex minima parte institutum, id est, ut recte Acc. ea, quæ facit legitimam, quoniam in minori instituto olim querela inofficiosi dabatur: sic. quod exhæredatis, quibus etiam hoc Edicto prætor succurrit, olim quarta relinqui solebat.

Quod idem est.] Proponit idem esse, si pater naturalis vel adoptivus mortuus sit ex *l. 2. §. 1. d. tit.* & tamen statim Tribon. additionem *in d. §.* esse ait: neq; juxta vulgatam lectionem *d. §. 1.* de patre adoptivo, sed naturali tractatur: nisi forte Treutl. utroque casu idem juris esse putat. Sed triplicem illius loci explicationem ex Hottomann.

& Cujac. propositam excutiamus. Prima est, quod Tribo. illa verba adjecerit respiciens, ut intelligo, ad constitutionem novam Iust. de qua *in §. sed hodie Inst. de adopt.* Verum cum ex illa constitutione filius in adoptionem datus extraneo, patri naturali ad instar sui succedat, ratio nulla dari potest, propter quam filio huic per edictum prætoris succurratur. Altera est, quod filius in adoptionem datus neglexerit petere bonorum possessionem ab intestato, unde cognati, quæ ipsi in adoptativa familia constituto in bonis patris naturalis datur, *§. admonendi 13. Instit. d. hæredit. ab intest.* Verum hic casus rarior est, cum ex hac bonorum possessione filius adoptatus non nisi post suos & agnatos admittatur Deinde cum plenum jus in familia & bonis patris adoptivi ex ratione juris antiqui habeat, & patri naturali sit extraneus, non video quomodo in eo dictum istud prætoris reperiat locum. Tertia est, ut pro verbo *naturalis*, legamus, *adoptivus.* Verum utcunque admissa hac emendatione, non intelligo quomodo ad talem filium qui neque emancipatus, neque exhæredatus, neque ex minima parte institutus, neque sc. abstinuisse proponitur, sed ex ratione juris antiqui pleno jure patri adoptivo succedit, prætoris edictum possit pertinere. Putabam *in d.l. 2. §. 1. quod cum eo, &c.* aliquid subaudiendum, & eum casum intelligendum esse, quo patre naturali mortuo adoptivus filius emancipatus fuit, qui sc. cum ad patris naturalis bona ingressum non habet §. *at hi 10. Institut. d. hæred. ab intest.* merito tantum in id quod facere potest conveniendus est: cæteroquin ante si emancipatus sit filius, facile evenire potest, ut moriente patre naturali hæreditatem ejus consequutus, beneficio isto prætoris non fruatur.

THESIS X.

Vitiosa omnino est quæ hac thes. proponitur peculij definitio. quæ tantum propria est profectitio: neque excusari potest Treutl. quasi materiæ subjectæ hanc definitionem accommodaverit, & illud peculium tantum, cujus nomine actio de peculio in dominum vel patrem datur, definire voluerit: vel quia ipse *thes. seq. in fin.* etiam nomine peculij adventitij hanc actionem admittit, vel potius quoniam ipse peculij ita definiti divisionem subijcit in paganum & castrense, de quo definitio illa nullo modo prædicari potest. Sed & amplius hæc quoque ejus peculij quod filij famil. habent tantum, subdivisio est, quoniam servi peculium paganum recte non dicitur, sed est simplex & unicum, quale etiam olim erat filijfam. sed distinctio ejus cœpit sub Imperat. qui cum armis Rempubl. oppressissent militib. gratificaturi, castrense peculium proprium ipsorum fecerunt *in princ. Instit. quib. non est permiss. fac. test.* ad cujus exemplum postea introductum quasi Castrense, & tandem adventitiorum proprietas detracta patri,

Lit. E & F.

Speratim habere permittunt.] Verbum hoc *permittere*, non sufficiens est ad exprimendum naturam cujuscunque peculij: quia quoddam peculium habent conniventib. oculis domini, imo etiam clam domino, v. c. quod liberalitate amici vel etiam parsimonia sua, quorum ipse Tr. meminit lit. E. acquisiverunt. Unde illud Terent. *in Phorm. quod ille de demenso suo comparsit miser*, quoniam servis menstrua alimenta dari & prorogari solebant, ut docemur epistola *Senec. 81. & ex Plaut. in Stich. scen. 2. vos meministis quot calendis petere demensum cibum.* Hinc servi suis nummis emti dicebantur *l. 4. d. manum. 39. d. pecul. l. cum servus mandati*, vel quia substituebant aliquem cui argentum dabant, qui eos fiducia de manumittendo contracta à domino mercaretur dd textib. vel quia ipsi domino pro capite aliquid dabant, *l. 10. pro emtore Senec epist. 81. peculium quod ventre fraudato comparaverunt, pro capite numerant:* & ille servus apud. Plaut. *in rudente seu Neptuno; ergo illi pauxillatim pollicitabor pro capite argentum.*

Lit. G. seqq.

Deducto eo quod ipsis debetur.] Hæc verba definitioni peculij non recte adjiciuntur, quia non respiciunt essentiam peculii, sed jus & privilegium domini actione de peculio conventi. Sub lit. H. ubi de castrensi peculio, abutitur verbo, *concedi.*

Lit. K.

In th. non recte simpliciter ignorantiam domini vel patris requirit, quia sufficit non jussisse, ut actioni de peculio tantum sit locus. nam quod ad tributoriam actionem attinet, eam parit scientia universalis cujusdam negotiationis, non contractus alicujus singularis, Ibid. in exegesi verbum contractus late accipiendum ait, ut & quasi contractus comprehendat. Atquin contractus verbum natura sua generica alias per se quasi contractum continere videtur.

Cæte-

Cæterum non tantum contractus vel quasi, sed quævis conventiones ex quibus actio nascitur, velut constitutum, intelligendæ sunt, prorsus eo modo ut ex loco contractus forum dicimur sortiri.

LIT. L.

Ait esse quosdam casus, quibus quis nec naturaliter obligetur, actio de peculio in dominum non detur, Ubi duo notanda sunt: 1. quod etiam his casibus, quos intelligit Treutl. si fide jusserit vel quocunque modo intervenerit servus *ex l.3.§.5.6. & 8. de pecul.* servus revera ex consensu suo naturaliter obligatur. 2. quod actio illa de peculio non descendit ex obligatione naturali servi, sed mere est dativa ex edicto prætoris introducta, quod eleganter probat *l. eo tempore* 50. §.2.*de pecul.* ubi ICtus ait, quod etiam post acceptum judicium ex causa actionis de peculio fideiussor pro servo accipi potest, quod naturalis obligatio quam servus suscepit, in litem non sit translata: & casibus istis exceptis ideo actio de peculio domino negatur, quod fide jubere, cõpromittere servo ademta, & extrà ad ministrationem peculii sunt, ut consequenter eorum nomine dominus nequeat conveniri, de quo etiam bene Cujac. 9. *observ.* 11. Et tamen etiam quodam illorum casuum, v. c. si ex causa peculiari servus fidejusserit, actioni de peculio locus est, *d.l.3 §.5.d.pecul.*

THESIS XI.

LIT. C.

Quæ ideo annua.] Exceptio hæc perpetua est, sed abusive annua uocatur eo respectu quod prætextu anni elapsi actionem excludit.

Ideo si apud emancipatum.] Confusè hic agit Treutl. tum quia cum proposuisset de actionis tempore, subjungit de ejus qualitate, quod in solidum detur; tum quod cum in th. tantum proposuerit de parte vel domino, hic ad filium & servum manumissum delabitur. Et hoc tamen in servo generaliter proponendum non erat, qui ex contractu ante gesto post manumissionem non tenetur, & ipsa *l.*21. depositi, hanc exceptionem ostendit.

LIT. D. & E.

Duo hic proponit, de actionum harum concursu, itemque electione simul & regressu. Illud de concursu videlicet non cumulativo, sed ut loquuntur Dd. electivo, expresso jure traditum est, & docet Iustin. *in §. cæterum 5. Instit. quod cum eo. &c.* modo hac modo illa actione experiri utilius esse. Quod dependet tum à natura actionis, tum ex accidenti: Ex illo, quod actio vel in solidum est vel non est, & quod dominus privilegio utitur vel non. Ad hoc pertinent in rem versio, probandi necessitas, peculii quantitas. Nimirum si quis cum servo institore contraxerit, tres concurrunt actiones, institoria, de in rem verso & de peculio, Prima utilior est, quia solidum datur, nec privilegium dominus habet & facilis est probatio: secunda ex accidenti utilius est, si in rem versum probari possit: tertia tum demum utilis, si peculium sufficiat expungendo debito, & hoc ipsum probari queat Eodem modo si cum servo in merce peculiari negotiante contractum sit, in concursu actionis tributoriæ & de peculio, modo illa utilior est, in qua nullum est domini privilegium, modo hæc si forte in parte tantum peculii negotiatus sit servus, vel domino nihil debeat, *d.§.cæterum vers. rursus.l.*11. *d.tribut. action.* De altero ita propõit Treutl. quod in una succumbenti detur regressus ad aliam, si justo errore ductus minus rectam elegerit. Quã sententiam falsam esse non dubito, quia succubuisse, significat in causa victum fuisse, quo casu consumto iure agendi, & quæsita reo exceptione rei iudicatæ, actio eiusdem potestatis & rei persecutoria moveri non potest. Cæterum ubi simplex electio facta est, res dubitationem habere potest, & admitti assertio Treutl. quamvis fortassis vix citra beneficium restitutionis id fieri posse videatur, propter text. *in l.9. §.d.tribut action.* qui regressum negat, siquidem electio facta dicitur, ubi prætor aditus, ab eo actio petita, & formula data est.

LIT. F.

Miratur hic quare Iustin. actiones istas tam operosè explicari curaverit sub tit. Instit. quod cum eo, &c. cum eius tempore servitus fuerit imminuta. Atquin actio institoria & exercitoria etiam in personis sui iuris, cæteræ utique in filiisfam. locum inveniunt. Porro aliud est servitutis ius & potestatem dominorum imminutam esse aliud servitutem plane abolitam: quod posterius ipse ad Caroli magni tempora refert laudato autore Bodin. 1.*de republ.c.5.* Verum ipse Bodin. cit. loc. scribit ꝙ Lotarius Caroli magni nepos servos ad pileum vocaverit, & quod post anno 1200. servi in Italia fuerint, & circiter ea tempora servitus in rebus publicis Christianis desierit. Constat autem Carolum Magnum circa annum Christ 800. floruisse & imperasse. Verius est & probabilius, non simul & semel, sed sen-

sensim eo deventum, non in occidente tantum sed & in oriente: quomodo jam olim sub Imperatoribus Constantinopolitanis apud Græcos Bulgares & Illyrios receptum fuisse, ut victis & captis spolia auferrent, in servitutem non abducerent, scribit *Niceph. Gregoras lib.* 4. etenim inter Christianos non satis justum videtur bellum, quod de Græcis olim scripsit *Plato 5. de repub.* & indignum videbatur ejusdem religionis consortem pro mancipio haberi, quod nec lege Dei satis probatur *Lev. 25. vers.* 39. de quo etiam actum supra *disp. 2. th. 2.* ex eoque infertur, si qui hodie ex Turcis aliisque infidelibus aut Barbaris, cum quibus justum bellum est, capiantur, eos jure redigi in servitutē & hactenus nec hodie servitutē sublatam esse.

LIT. C.

Quod & ad monachos.] Hactenus, ut si ijs, qui nihil proprii habere possunt, aliquid specialiter Abbas concesserit, ipse ex causa contractus cum monachis gesti conveniri queat, quomodo hoc cit. loc. explicat Jas.

Et ad adventitium.] Non est incerti juris, quod actio de peculio ejus nomine competat, quod servi vel filii separatim à rationibus domini patrisve tenent: ut proinde falsum esse oporteat quod Tr. hic tradit, patrem etiam nomine usus fructus, quem in adventitiis habet, actione de peculio conveniri posse, siquidem unica ratio concedendæ hujus actionis fuit, quod dominus aut pater peculium concedendo etiam jus contrahendi concessisse videtur. Possit tamen sententia Treutl sustineri in casu singulari *l. 6. §. 2. vers. fin. autem C. de bon. quæ liber.* de quo tamen Tr. cogitasse non existimo (si pater possessionem actualem bonorum adventitiorum liberis concesserit: quamvis hoc respectu bonorum profectitiorum sapiant naturam. Quod autem hodie in filiisfam. actionem de peculio frequentari ait, ab ipsa experientia refutatur, & sublato aut certe valde imminuto patriæ potestatis jure & desueta simul ratione illa concedendi peculii, nullus aut perexiguus etiam in filijsfam hujus actionis superest usus.

THESIS XII.

LIT. C.

Non tamen ejus voluntate.] Intellige ut nascatur actio hæc de in rem verso, cæterum ut maxime jussu vel voluntate domini contractum sit, actio ista cum aliis actionibus concurrit: licet etjam in casu non volentis domini, actio de peculio nascatur.

LIT. D.

Quid si in rem unius.] Recte Tr. improbat opinionem Accursi. *in l. 16. de in rem verso.* quam etjam sequitur Cujac *in l. 17. eod. tract. 8 ad Africā.* quasi in specie *d. l. 16.* nomine ejus quod in rem versum est, sed tamen actione de peculio agatur. Etenim proponit ibi ICtus casum adempti peculii, quo actioni de peculio locus non est: ut proinde in subsidium actio de in rem verso concedatur, cum non adempto peculio alter socius in cujus rem versum non est actione de peculio teneatur, quod servus cōmunis alterum socium debitorem peculii effecerit, adeoque etiam peculium fecerit locupletius.

LIT. F. & G.

Ad explicationem eorum quæ hic traduntur, notandum est, quod hæc aliquando per se subsistens actio est, si vel nullum peculium, vel quod fuit ademtum, vel servo mortuo actio de peculio finita sit *l. 1. §. 1. d. in rem verso.* frequētius autē actionis de peculio adjecto est *argum. § præterea 4. vers. licet enim I. quod cum eo, &c. l. 19. de in rem verso*, quia quicquid in rem domini versum est, etiam in peculio esse intelligitur *l. 1. inf. d. in rem verso.* Estque adjectio ea ideo & utilis & necessaria, quia quoad hoc, quod in rem domini versum est, dominus privilegio deducendi quod sibi debetur, non utitur, sed solidum præstare tenetur, *l. 16. in fin. & l. 17. in fin. d. in rem vers.* Itaq; judex si v. c. ex decem mutuo acceptis, quinque in rem domini versa sint, ea tota primo adjudicat actori, quoad reliquum in quantum deducto quod domino debetur, in peculio est, reum condemnat, idque est quod ait Justin. in d. vers. licet enim duas hic esse condemnationes. Unde intelligitur, quamobrem expediat actione de peculio, cum adjectione in rem verso, experiri.

THESIS XIII.

LIT. A.

Unde qui jussu.] Ait restitui filium minorem qui jussu patris contraxit, non restitui qui mandato. Atquin cum hujus rei nulla alia sit ratio, nisi quod in favorem tertii restitutio minor non datur, ea & magis etiam militare videtur in casu jussus quo, non vero altero, ei qui cum filio contraxit actio contra patrem datur. Neque obstat *l. 1. §. 6. quod jussu*: quoniam mandatum generaliter acceptum etiam jussum comprehendit, quod in filio subjecto imperio patris præsumi potest: cæteroquin filius etiam libere & tan-

& tanquam alius procurator contrahere potest *argum. l. 29. d. minor.* cum qua si jungatur *l. 3. §. utrum eod. tit.* colligitur eod. modo jussum quoque generaliter & specialiter usurpari posse, & proinde exiguam hac in re inter jussum & mandatum esse differentiam, neque in quæstione ista distinguendum esse cum Treutl. inter jussum & mandatum, sed an ex contractu gesto voluntate patris, sive hanc jussum sive mandatum appellare velis, filius sit læsus, ut hoc casu restitutionem habeat, alias si ex restitutione pater commodum sit sensurus, ea locum non habeat, idemque juris esse, si non patre sed extraneo mandante filius aliquid gesserit, probatur *ex d. l. 29. d. minor.* Cæterum lit. B. hujus th. in eod. errore est Tr. quem notavimus supra hac disputatione thes. 6. lit. B. dum putat hanc esse rationem concedendæ hujus actionis, quod jussu, quoniam cum ipso patre vel domino jubentibus contrahere, videatur contrahi.

THESIS XIV.

Affirmat Tr. valere statutum, ut parentes ex delictis liberorum ad pœnam pecuniariam in solidum obligentur. Equidem tale statutum non omnino dixerim esse barbarum, neque tamen etiam rationi illud satis crediderim convenire, ut filius delinquendo patrem obliget & ad paupertatem redigat, & pater nullius culpæ suæ sentiat pœnam: Et enim & corporalis & pecuniaria pœna conveniunt in communi genere pœnę, & generale juris & rationis præceptum est, ne alienæ culpæ & delicti quis luat pœnam: alias si contra patrem ex delicto filii ad pecuniariam pœnam agi posset, patre existente paupere, etiã agi posset ad corporalem: quia ex regula juris non habens in ære luere debet in corpore. Et vero cum liberi summe sint obstricti parentibus quibus propter summa beneficia, Aristot. autore perinde ut Diis, par gratia referri nequit, tanto absurdius fuerit, parentes ex delictis liberorum obligari. Et magis rationi convenire dixero statutum, quo liberi ob delicta parentum ad pecuniariam pœnam obstringantur: quoniam summa obligatio qua liberi obligantur parentibus, & cui hoc modo ex parte satisfieri potest, statutum ejusmodi ab iniquitate potest vindicare. Neque facit pro Treutl, quod hoc modo incitentur patres, ut in educandis & instituendis liberis majorem adhibeant diligentiam: quoniam aliis remediis hoc fieri debet, & sæpe non prodest disciplina: & hac ratione statutum etiam quo pœna carceris imo & corporalis ob delicti liberorum irrogatur parentibus, defendi & sustineri posset, siquidem culpa & negligentia parentum circa educationem commissa, coerceri intelligeretur. Nihil enim movet quod vulgo jactatur, quod pacto potest, idem & statuto fieri posse; quia respondeo 1. in futurum id pacto fieri posse non videri, ut pater pro delicto filii quandocunque cõmittendo pœnam se soluturum promittat. 2. in ijs quæ administrationem & dispensationem bonorum privati alicujus concernunt, propositionem illam falsam esse, & plus posse pactum, quã statutum recte ordinatum: quivis etiam libere bona sua alienare & donare potest, quæ statutum rationabile nemini auferre potest. Cæterum alii non indistincte neque ad quamvis pecuniariam pœnam, sed usque ad quantitatem legitimæ ex delicto liberorum statuto patrem obligari posse existimant, cujusmodi statutum valere ex communi Dd. sententia tradit Jas. *in auth novissima C. d. inoff. test. num. 8. & 12.* licet & hic moveat, quod non satis conveniat patrem vivum ad solvendam legitimam, sive ipsi filio sive pro filio adstringi: maxime cum de quantitate legitimæ; non nisi eo tempore quo pater defunctus est, quæri & judicari debeat & possit: vide de hac quæstione prolixe, Jason. *§. actiones autem 10. Inst. de action. num. 67. & seqq.* & adde supra notata disp. 13. th. ult. lit. A.

Ad

DISPUTATION. XXV.

DE SENATUS CONSULTO Velleiano, &c.

THESIS I.

LIT. A.



Enatusconsulta qua vim legis obtinent.] Non recte simpliciter hoc affirmatur de SCtis: quia cum SCta super diversissimis rebus fierent, nec potuerunt quidem omnia vim legis habuisse. Sed & permissu demum Imperatorum senatus jus facere potuisse videtur, juxta *l. 9. d ll.* & quod traditur *in §. SCta. 5. d. jur. nat. gent. ex l. 2. §. 9. de O. I.* postquam populus propter multitudinem convenire non potuerit, jus legis ferendę ad se-

ad senatum translatum fuisse, falsum est & historicæ veritati repugnat, ut notatum supra *disp* 1. *thes*.5. *lit*. G. & ut Bodin. 1. *de republ*. 12. *post princip*. *& lib*. 3. *cap*. 1 *in fin*. & res ipsa loquitur, SCta; non nisi ad populum lata vim legis habuerunt, cæteroquin ad summum annuam authoritatem obtinuisse idem Bod. cit. loc. ex Dionys. Halicarnass. confirmat.

LIT. C.

Quia civilia officia.] Intercessio civile quidem & virile officium appellari videtur *l*. 2. §. 1. *hoc titul*. *& in l*. 2: *d*. *reg*. *iur*. sed revera tamen non est. Et sane mulier etiam pro fœmina non recte intercedit, & multis casibus etiam pro viris utiliter intercedit, cum tamen civilia officia omnimodo fœminis sint adempta: neque minus debitum alienum constituere fœminæ prohibentur, in quo utpote simplici pacto nulla officii alicuius civilis est similitudo; & ante SCtum Vell. eadem natura intercessionis fuit, nec tamen tum fœminis virilia officia permissa.

LIT. D.

Utriusque autem. Ait in verbis SCti *in l*. 2. §. 1. *h*. *t*. esse exemplum veteris & novæ obligationis, quod fideiussio sit obligatio aliena, mutui datio nova. Verum hæc non recta est obligationis veteris & alienæ confusio, & huius ad novam oppositio: siquidem & per mutui dationem obligatio aliena, quod ipse Tr. hic tradit, & ea tamen nova suscipitur, & nisi aliena esset, huc non pertineret. Eodemque errore labi videtur hac th. lit. G. ubi pro exemplo veteris obligationis proponit, si mulier alicui pecuniam dari mandet: quoniam hæc aliena quidem obligatio, sed nova est, cuiusmodi exemplum proponitur lit. I. sub qua etiam hoc proponendum erat. Cæterum ut hoc addamus ad *lit*. *D*. *in l*. 2. §. 1. commodius videtur ut cum Hottom. legamus, mutationes, licet & vulgata iuxta explicationem Cujac. defendi possit: quomodo etiam illum locum accepit Castr. *in l*. 1. *h*. *t*. *nu*. 5. *vers*. *contingit*.

THESIS II.

LIT. A.

Aut succurri mulieri si creditor eam intercedere scivetit, quod alias nemo cum fœminis cõtraheret. Atquin imo quam plurimi sunt contractus & casus, qui non incidunt in speciem intercessionis, illud autem minus recte se habet quod eandem rationem ait esse in minore: quoniam ætas ignorari potest, sexus non potest (neque enim fingimus fœminam vestes viriles indutam) & intercedere pertinet ad qualitatem contrahendi, minorem esse conditionem significat personæ, propter quam in omnibus contractibus minori succurritur. Possit dici ita comparari, quod sicut non semper succurritur minoribus *l*. 24. *de minor* ita nec fœminis: verum hoc & longius petitum, & nihil ad licentiam sive ignorantiam de qua hic agitur pertinet. Possit & ita explicari, ut sicut qui ignoravit fœminam intercedere replicatione juvatur, itidem qui ignoravit minorem esse. Verum & hic obstat quod minor non confertur cum fœmina, cujus sexus ignorari non potest, sed cum intercedente, & male minoris simpliciter considerati comparatio est cum fœmina, quæ non qua talis, sed ut intercedens hic consideratur. Cæterum de re ipsa & casu ignorantiæ, agitur aliquid *th*. 5. *lit*. E.

LIT. B.

In qua nihil innovatur.] Pertinet ad explicationem *l*. 23. §. *ult*. *h*. *tit*. circa quam utramque opinionem Bulgari & Martini proponit ibid. Accur. & illam totidem verbis, quot eam refert Treutl. deinde hanc Martini, qui etiam in casibus, quibus olim exceptio non dabatur mulieri, eam hodie tutam esse putabat si forma constitutionis illius servata non fuisset: quam opinionem Acc. cui injuriam facit Treut. improbat, dum priorem affirmat esse veriorem. Neque vero putanda est illa mens fuisse Iustinian. ut succurreret mulieribus, quas SCtum & ejus interpretes ICti beneficio indignas judicaverant, sed ut disputationem de hac re redderet expeditiorem in ijs casibus, quibus de jure intercessionis olim dubitabatur, ut indistincte excluderet, & præcideret actiones creditorum si extra formam præscriptam mulieres intercessisse proponerentur.

LIT. C.

Ait quod initio *in l*. 2. §. *h*. *t*. petitionis verbo vindicatio, actionis autem condictio veniat, Verum simplicius dici existimo, quod senatus pluribus verbis unum idemque genus actionis designare voluerit, diversa tamen phrasi, ne ab his petitio, neve in eas actio detur: cum præsertim *in l*. 1. *de SCto Macedon*. eod modo ex causa mutui, unde tantum personalis descendit actio, petitio actioque in filiumfam. negetur: cum tamen *in d*. §. 1. *l*. 2. tantum fiat mentio mutuationum & fideiussionum, quæ itidem tantum actiones personales producunt; neque extra

casum

casum, quo mulier rem suam pro alio obligavit, actio in rem contra mulierem, videlicet hypothecaria locum habere potest.

At quomodo petitio.] Occurrit hoc & in aliis partibus juris, in casu SCti Maced. & juramenti *l.9. in princ. de jurejur.* & vulgata ejus rei explicatio est, contingere hoc ijs casibus, quibus ipso jure obligatio sublata non est, & tamen exceptio privilegiata, specialique jure introducta est, quæ operatur, ut actio quæ ipso jure competit, à prætore denegetur, si modo nihil ex adversa parte objici possit: quo casu utpote in re dubia prætor actionem addita exceptione & replicatione concedit. Et fortassis hic aliquid facit, quod SCta revera vim legis non habuerunt, eoque nec ipso jure actionem tollere potuerunt: quamvis & ipsa negotij & contractus conditio hoc ita statui suaserit, cum multis casibus mulieri quæ intercessionem prætendit, non succurrendum, eoq; cognitione judicis, an ea causa sit, ut mulieri succurri debeat, sit decidendum. Quod autem in extremo hujus th. de condictione pecuniæ solutæ mulieri danda dicitur, explicatum est *disp.22. th.4.*

THESIS III.

Paucula th. hac notanda occurrunt. Sc. juxta lit. A. cum solus favor versetur mulieris, consensus patris beneficium adimere nequit, & patrem tamen hoc casu de peculio teneri non dubitaverim: & perspicua differentiæ ratio est inter hoc & SCtum Macedonianum quod & favorem patris respicit, & creditores coercet, qui malo more pecuniam filiisfamil. fœnerantur *l. prima. d. SCto Macedon.* quæ ratio patre consentiente omnimodo cessat.

Alia differentia proponitur lit. C. quod ex causa intercessionis succurritur fidejussori etiãsi non habeat regressum contra mulierem, quod secus in Macedoniano *l. nova. §. tertio. d. SCto Maced.* Quod autem d. lit. C. proponit per modum ampliationis, quod imo amplius & procuratori mulieris succurratur, revera ampliatio non est, quoniam juxta cit. *l.30. §.1. hoc tit.* non succurritur procuratori qua tali, sed quatenus sequutus mandatum mulieris intercessit.

THESIS IV.

LIT. A.

Si pretio accepto.] Primus hic est casus, quo mulieri non succurritur, si pretio accepto intercesserit, quod non *ex ll Digest* sed ex constitutione Just. est *in l.23. C. h. tit.* ad quam Hottom. notat mirificum, ut loquitur Justiniani odium in mulieres mercedem accipientes, cum *in §.* concedat creditori mulierem prius exigere, & regredi cõtra debitorem: cum tamen ea ratione juris veteris electo fideiussore debitor liberaretur. *l. 26. §. abesse. Mandati l.3. de fidejuss. & ipse Nov. 4.* beneficium excussionis introduxerit. Attamen prius istud non respicit odium mulieris, & Justin. generaliter constituit, ne electione liberatio cõtingat *l. ultim. Cod. d. fideiuss.* & fortassis per *d. Nov. 4.* derogatum est *d. l.24. C. h. tit.* nisi quis putet *dict. l.23.* accipiendam de casu, quo mulier alienam obligationem expromittendo in se transtulit, ut videlicet in quantum à muliere creditor consequi nequeat, à creditore antiquo actione restitutoria consequatur. Videndum autem ne per istam *l.29.* fraus fiat SCto Velleiano, siquidem illud quod acceptum est, summam pro qua intervenit mulier minime exæquet, cum ita pecuniola aliqua fœminæ allici, & circumventæ remedio fraudari possint.

LIT. B.

Alter casus proponitur, si mulier extraneæ dotem promiserit: & quidem, ut in exegesi traditur si pro filia dotem promittat, cessat SCtum non communi ratione, qua proponitur *in l. ult. Cod. h. t.* sed speciali, quod suum negotium gesserit. Sed fortassis hoc verum non est, quod dotem dare liberis non materni sed paterni sit officii, neq; mater extra casus exceptos filiam dotare teneatur, juxta ea quæ tradit ipse Treutl. *p.2. disp.7. th. 3. lit. B.* Neque pietatis intuitus, quem adducit Tr. efficere potest ut mater proprium negotium gessisse intelligi debeat.

LIT. D.

Quæstio hic proposita, an fideiussoria obligatio, si fideiussor succedat debitori, tollatur necne, pertinet ad *sequent. disp.29 thes.1. lit. G.* Cæterum ab alienatione hic proposita quod regulariter tollatur, non recte excipit casum *l. 8. §. plane. 13. h. t.* quoniam ibi non de muliere fideiubente, sed expromittente tractatur, siquidem de actione restitutoria, quæ pristino debitore per novationem liberato competit, disputatur.

LIT. E. & F.

Vulgata quidem nec tamen satis extricata hic proponitur quæstio, an mulier extra iudiciũ efficaciter renuntiet SCto Velleiano, quod ego contra Treutl. magis negare velim, vel hac sola ratione, quod admissa contraria opinione, nullo

nullo vel levi negotio eluderetur & inutile redderetur beneficium hujus SCti: quoniam qua levitate & infirmitate mulier intercedit, eadem renuntiabit, quæ ratio est Castrens. *in leg. ultim.* §. *penult. hoc tit.* Et quoniam neutrubi præsens damnum est, quæ ut intercedat, etiam ut renuntiet sibi persuaderi patietur. Neque satisfacit certioratio quam Treutl. requirit: vel quia necessaria ea non videtur, cum quivis juris cui renunciat gnarus esse intelligatur, vel quia certioratio ad augendam vel minuendam obligationem nihil facit, neque sufficiens est ad cohibendam levitatem, & excludendam infirmitatē mulierum, aut ad absterrēdum eas ab intercessione, quæ nullum præsens ostendit periculum: & cum certiorationis finis sit, scientia, nihilominus mulieres, ut maxime juris sui consciæ sint, hoc SCto juvantur: & semper militāt ratio, quæ ducitur à causa impulsiva hujus SCt, ne mulieres ex aliena obligatione sentiāt damnum. Accedit quod cum mulier etiam iterato intercedens juvetur, renuntiatio tamen iteratione non videtur esse efficatior: specialiter autem statutū est *in l.* 22. *C. h tit.* ut iteratio cum biennium facta mulierem excludat ex præsumptione ibi, adjecta, quod videatur magis proprium negotium gerere: Facit etiam quod SCtum simpliciter improbat intercessiones & inde natam obligationem *l.* 1 *&* 16. *h t.* neque hoc solo mulierum favore; sed simul intuitu publicæ honestatis, quod intercedere quasi virile videatur officium *l.* 2, §. 1. *h. tit. & l.* 2. *d. regiur.* Iuvat denique hanc sententiam *l* 23. *Cod. h tit.* qua juxta explicationem ipsius Treutl. *th.* 2. *lit. B.* mulier intercedens non servata illius constitutionis forma, etiam citra auxilium Velleiani ipso jure tuta est, & tunc demum exceptione defenditur, vel de hujus viribus disputatur, ubi instrumento tribus testibus subsignata intercessio facta est. Quod si enim his accedentibus nihilominus exceptio Vell. locum habet; multo minus eam excludet simplex renuntiatio. Est quidem aliud intercedere aliud renuntiare: sed lex reb. posita est non verbis, & quæ ita solenniter intercedit, enixum sese animum obligandi & præmeditatum habere ostendit, quæ tamen sola ratio est, ob quam diversum sentientes mulierem certioratam efficaciter renuntiare opinantur; quin & quæ ita solenniter intercedit, parum abest, quin hoc ipso tacite renunciare videatur, certe facile ead. renuntiabit quod, alias præsertim dolosa præsumi possit intercessio Secundum quæ existimo sententiam communem quam sequitur Treutl. à mente I Ctorum, & Iustin. imo ipsius SCti esse alienam, ut quavis extrajudiciali renuntiatione mulier excludatur: aliud enim statuam in renuntiatione judiciali, propter autoritatem & actorum & ipsius magistratus, quæ eludi non debet. Et hæc est sententia *Castr. in l. ult.* §. *pen h. t.* in quam magis inclinat ibid. Salic. ubi plures ex veteribus allegat, licet communem fateatur in contrarium. Sed objicitur pro Treut. textus *in l. ult.* §. *pen. h. t.* qua probatur mulierem cavere posse, se non usuram exceptione SCti Responderi potest. 1. hoc factum intelligi debere apud prætorem, à quo post conjectionem causæ partes formula data ad judicem mittebantur: itaque in specie *d.* §. *pen.* mulier cavere debet, scilicet apud prætorem in jure exceptione se non usuram, & sic ad judicem scil. pedaneum, ire: licet hic obsit, quod citra cautionem prætor facere possit, ut mulier efficaciter cōveniatur, detracta videlicet formulæ exceptione Velleiani, quoniam non nisi in bonæ fidei judicijs exceptiones in formula omissæ. & quidem de quibus apud prætorem actum non erat à judice pedaneo admittebantur Denique responderi potest, aliud esse an initio renuntiet mulier, an postea exceptionem jam sibi quæsitam libere remittat: à quo non multum diversus Hottomannus *in leg. duodecima, Cod. hoc titul.* aliud esse renuntiare, aliud ultro judicium suscipere, cum etiā pro debitore resolvere possit *leg. nona. in princip. Cod. hoc tit.* quo pertinet quod Anton. Fabr. scribit *in l.* 54. *d. procurat.* posse mulierem remittere exceptionem quæsitam, sed non posse renuntiare competituræ: licet hic quoque moveat, quod ipso puncto intercessionis mulieri exceptio competere incipit, & videndum ne non ita eludatur SCtum, quippe quod mulier æque post intercessionem, ab initio, ut renuntiet persuaderi potest. Tandem responderi potest *ad d. l. ultim.* quod ibi creditor voluerit convenire pristinum vel principalem debitorem mulier autem ultro se obtulerit ad judicem accipiendum: quo facto cum creditorem à debitore suo averterit, & ut hic liberaretur (quoniam jure veteri unius electione alter liberabatur) effecerit, merito ei succurrenti non debet, ne creditor decipiatur, qui nisi mulier se obtulisset, contra alium actionem instituisset

tulisset. Et tamen hic quoque ipso jure exceptionem competere apparet, cum cautione opus sit, cujus vigore vel metu mulier exceptione non utatur. Cætera quæ à Domino Gothofred. *ad d. l. ultim. h. tit.* afferuntur, facile removentur, & in primis *l. 21. Cod. h. tit.* siquidem remissio pignorum nec intercessio est nec renuntiatio. Porro argumentum petitum *ex l. 22. Cod. h. tit.* refutabimus ad *thes. seq. lit. A.*

THESIS V.

LIT. A.

Si renunciationi ritè facta] His verbis in exegesi subjicit ita, *juxta formam l. 23 & 22. Cod. h. tit.* Atquin *in d l. 23.* nullo modo agitur de forma renunciationis, sed de forma intercessionis, neque verum est quod *in l. 22. Cod. eod.* mulier Velleiano renuntiasse intelligatur, quod alias ex quacunque iteratione idem præsumi debeat: neque ratio est ob quam in ea specie mulier à Velleiano excludatur, quod ei videatur renuntiasse, sed, ut verba habent, quod ex ejusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere videatur: & quod ibi in specie de muliere post biennium intercessionem iterato statutum est, temere extendi non debet.

LIT. B.

Tractatur hic de renunciatione jurata, quam magis putat Treut. non valere si non præcesserit certioratio, subjecta hac ratione, quod renunciationes stricti juris sint, neque præter nominatim expressa quicquam in iis veniat. Quæ ratio non videtur concludere, quoniam non certiorationi, sed SCto Velleiano, & quidem nominatim & expresse renuntiatur. Et alia igitur ratio quærenda fuerit, quod mulier non censeatur renuntiare iis beneficiis, quæ sibi competere ignoravit, & adeo de quibus non cogitavit arg. ejus quod de transactione responsum est *in l. 5. de transact.* Verum hæc quoque ratio hic claudicat & tantum in renunciatione generali, sed nulla est in speciali, de qua hic agere Treut. ubi videlicet mulier renuntiat Velleiano, apparet *ex thes. præced* neque vero dici potest mulier aut ignorasse aut non cogitasse de eo cui renuntiavit expresse siquidem renunciatio ejusmodi implicat beneficii scientiam: ut proinde simpliciter statui possit, quibuscunque casibus renunciatio specialis valet iis valere etiam citra certiorationem, si modo renuntiatione summa remedii sit expressa, quod alias mulier Velleiano, ejus contenta ignorando non recte renuntiet: ideoque aliud certiorari quod sit, aliud quid sit Velleianum: qua de re vide quæ à Dd. in casu non dissimili de certiorando minore traduntur *in authen. sacramenta puberum Cod si adversus vendit. Jas. colum. 13.* Bart. *num. 16.* Salicet. *num. vigesimo.* Sichard. *n. 22.* Maurit. *de restitut. cap. 113* Gomes. *libr. 2. var. resolut. cap. 14. num. 18.* illud in dubium vocari possit, an renuntiatio, quæ non valere præsupponitur ex ratione juris civilis, juramento confirmetur *argum l. non dubium. C. d. LL. & l. 7. §. 13. d pact.* & quod videatur esse lex prohibitiva ne mulieres pro ullo intercedant *l. 1. h. tit.* neque juramentum omnino excludere videatur præsumtionem levitatis, & quod traditur in *l. 1. Cod. si advers. vend.* temere ad alios casus non sit extendendum, cum præsertim ex veriori sententia ad contractus jure validos illa constitutio pertineat.

LIT. C.

Etsi enormiter læsa sit.] Non satis intelligo cujusmodi sit ampliatio, quia cujusque intercessionis & fidejussionis hoc proprium est, ut non quidem in præsenti sed in futurum læsionem secum trahat, quod periculum quemcunque intercessorem subire oportet. Quod si ponas casum singularem, quo eumdebitor tempore intercessionis non erat solvendo; mulier intercedere persuasa sit, non obstante juramento mulieri per exceptionem doli succurrendum erit, quoniam cum & ex ratione juris & ex communi interpretum sententia, de qua attestatur Daniel Moller *ad constit. Elector august. p. 2. tit. 35.* in omni actu dolus acceptus censeatur, justam causam actum etiam juratum revocandi præbet etiam Jure Can. quod tres illi comites desint, ex quo *in cap. quamvis. d pact. in 6.* diserte excipitur vis & dolus, & interpretes quod *in auth. sacramenta C. si advers. vend.* de metu proponitur, etiam extendunt ad dolum. Cæteroquin extra casum doli ex proposito, licet Decius *consil. 180 n 6.* & plures quos allegat, etiam majori jurato enormiter læso succurri velint: attamen communior sententia in quo erat etiam Treut. non nisi ob enormissimam læsionem restitutionem majori jurato concedit testibus Pinel. *ad l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 3. c. 1. n. 1. & seqq.* Fichard *d. consil. 53. n. 8.* & *consil. 133, n. 17* Mynsing. *5. observ. 59 & resp. 56. num. 13* Setzer *l. 1. d. iuram. cap. 11. num. 14, prolixe Jas. vol. 4, cons. 133. & di-*

finctis Covar. *in d. c. quamvis par* 3. §. *ult. num* 7. Cacheran. *decis. Pedemont*: 41. qui etiam docent enormissimam læsionem esse quæ longe excedit dimidiam, de quo itidem Covarr. 2. *var resol. cap.* 5. Etenim si sola enormis læsio sufficeret, & quod, decius putat, effectum veri doli haberet, nec opus fuisset remedio *l.* 2. *Cod. de rescind. vend.* & juramentum nihil plane speciale operaretur.

LIT. D. & E.

Ait non aliter propter creditoris ignorantiam beneficium hoc mulieri adimi, quam si alicuius fraudis sit conscia. Ubi contradicere sibi videtur *th.* 2, *lit. A.* ubi sub hac conditione succurri mulieri ait, si creditor eam pro alio intercedere sciverit, pro qua sententia facit *l.* 4. *in pr. l.* 11. & 12. *h. tit.* Rectius distinguitur ex *l.* 17. *in fi. pr. h. t.* an mulier ab initio pro alio contrahat & se ream constituat, an vero alienam obligationem in se suscipiat: illo casu omnino puto secutum creditorem futurum quod alias nemo cum mulieribus contraheret: hoc casu difficilius succurreretur creditori, quia non facile potest ignorare eam intercessisse. Estque huius rei ratio manifesta, quod mulier libere contrahere potest, ideoque hoc casu curiosiorem oportet esse creditorem ad instar aliorum casuum quos post DD. recenset Cuiac. *in l. ult. d. exercit. act.* cum quib. bene conveniunt *l.* 4. & 11. *h. tit.* quæ tractant de muliere pro alio pecuniam accipiente.

THESIS VI.

LIT. A.

Satis hic frivola proponitur conventionis ratio, quod conjunctim tractetur jus civile & prætorium: quia hoc quam plurimis aliis materiis& titulis est commune. Neque generale, quod ead. lit. A. subiicitur, quod detur actio adversus eos pro quibus mulier negotium gessit, ex æquitate prætoria: sed tamen speciale, ubi mulier novam obligationem suscipit: quia ubi veterem participat ipsa sola defenditur, ubi in se trásfert, in veterem creditorem actio restituitur.

LIT. B.

Etsi debitor prius.] Hoc non satis bene cohæret cum eo, quod de perpetuitate actionum præcedit: male adducitur *l.* 8. §. *h. t.* in cujus specie non datur actio restitutoria.

Perpetuo competunt.] Videri possit actiones esse temporales, quod licet rei persecutionem contineant, tamen contra jus civile dari videtur, cujus generis actiones perpetuas non esse docet *l* 35. *in fi. pr. d. O & A* Sed dici potest eas non ita esse contra jus civile, sicut alias, quæ contra rationem civilis juris actum eo jure firmum rescindunt: quoniam cum ipsa juris civilis autoritate mulier obligatione eximatur, ratio exposcit, ut ea qualitate contra alterum actio detur, qua contra ipsam mulierem data fuisset. Deinde dici potest, actiones istas non hoc sensu prætorias esse, tanquā eas prætor ut noui juris auctor, sed tanquam subsequens voluntatem & autoritatem SCti introduxisset.

Excipe tamen causam.] Referendum hoc est ad remotius, quod dixerat restitui actionem in pristinum debitorem: etenim in specie *l.* 8. §. 8. *h. t.* non restituitur actio, sed datur condictio causa data, quæ scilicet competit, ubi ita accepto latum fuit, ut ex promisso daretur *l.* 4. *d. condict. caus. dat,* nihil autem interest, an plane non detur expromissor, an detur non idoneus, ut in *d. l.* 8. §. 8. *disputati ICtus.*

LIT. D.

Cum similis subesset ratio] Quam hic adstruere conatur convenientiam actionis institoriæ, de qua disput. præced. thes. 7. cum actione institoria de qua hic agitur, nimis longè petita, imo licet eam probet Cujac. 16. *observ.* 27. nullius momenti est, alias hoc modo etiam nigrum cum albo liceat comparare.

Tandem & hoc.] Quod hic proponit jam re ipsa dixerat lit. B. utilem actionem competere, etiamsi conditio, sub qua mulier intercessit, adhuc pendeat. Illud dubitationem recipit, an recte in thesi utilis actio opponatur novæ: quoniam cum hæc & ipsa quodam modo, præter rationem iuris civilis detur, ipsa quoque utilis videtur appellari posse, veluti actio quæ maioribus v. c. per absentiam læsis datur, licet nova sit, utilis tamen appellatur.

Vbi recte legitur.) Ait *in l.* 24. §. *fin. h. tit.* recte legi, *quamvis statim*, per particulam prolepticam, quæ ostendat in verbis præcedentibus non contineri intervallum. Quod obscure dicitur, sed ex Accursio adscriptum est, qui ibid. ad verbum, *quamvis* ita notat: *quia dixit post restitutionem, videbeatur esse intervallum, & hoc adversatur quamvis* : quorum verborum hic sensus est, quod quia dictum erat, tempora numerari post restitutionem, videbatur diversum esse tempus restitutoriæ actionis & factæ intercessionis hoc quasi ut corrigeret & removeret ICtus, sub-

subiicit particulam *quamvis*, ut significaret nullum esse intervallum, sed idem esse tempus, quo intercessit mulier & restitutoria actio competit.

THESIS VII.

Lit. B.

Ratio compensationis initio exegesis proposita, *qua dolo facit*, *&c.* non satis adæquata est, postquam constitutione Justin. in rebus plane diversis, & quæ ex diversis causis, debentur, compensationi locus est.

Lit. B.

Definitur compensatio in exegesi, quod sit imminutio æris alieni usque ad concurrentem summam, ita ut compensationi ita definitæ accommodetur constitutio Justin. *in l.ult.Cod.de compensat.* Non satis bene, quia cum *in d. l.ult.* etiam ad actiones in rem, quibus non summa, sed species petitur, compensatio protrahatur, & Treut. lit. C. sententiam Dd. improbet, qui constitutioni *d. l.ult.* eo demum casu quo pervenitur ad æstimationem, faciunt locum, fieri non potest, ut revera per debitum aliquod imminuatur corpus, aut ut dominus rei, eo quod possessori debet, rem suam petere prohibeatur: cum etiam isti imminutioni obstet, quod species & corpora sunt inæstimata, eorumque incertus valor, adeoque per rerum naturam fieri non possit, ut usque ad concurrentem quantitatem per compensationem hic imminutio introducatur de quo paulo post plura.

Lit. C.

Olim in bonæ fidei tantum.] Ita res se habuisse videtur, ut quantitatibus utrinque debitis ita fieret compensatio, ut qui summam integrā peteret plus petere intelligeretur, quippe cum ipsa lex summam imminueret, *arg. l.4. l.10. in pr. & §.1. l.11. & l.21. d. compensat.* vel utique si res liquida non esset compensatio etiam non inserta formulæ apud judicem proponi posset. In strictis judiciis, cum olim reconventione esset opus, Imperatoris Marci constitutione effectum est, ut etiam in his compensatio induceretur, opposita doli exceptione § *in bonæ* 30. *Instit. d. action.* id est, secundum rationem juris veteris, ut formulæ exceptio insereretur, quod perpetuum jure veteri erat, ut exceptiones formulæ non adiectas, iudex in strictis iudiciis admittere non posset: eaque significatio est in usu iuris istius phraseos, *exceptione alicui succurri*: quod quibus casibus, veluti in bonæ fidei iudiciis, exceptionem formulæ addi necesse non erat, officio iudicis succurri, nec exceptionem desiderari dicebatur *l.38. & ult. de petit. here* iuxta notata sup. *dist.14. th. lit. A.* Quibus consequens est non rectè simpliciter affirmari à Tr. quod olim in bonæ fidei iudiciis obtinebat adstricti iuris iudiciis rescripto Imperat. Marci productum fuisse.

Et ad actiones in rem.] Ait Tr. quod hodie ex constitutione Justin. etiam in actionib. in rem compensationi sit locus, & quod deductio reputatio & retentio fiant ipso iure. Vbi 1. notandum quod verba, *ipso iure* fieri compensationem duplicem recipiant sensum: tum ut ipso iure minus deberi intelligatur per textus paulo ante adductos & in specie *per l.10 §.1. h.t.* (ex qua probatur solutum ut indebitum condici, quod vi compensationis actio minuatur, & tollatur.) tum ut iudex compensationis, utrumque ea apud prætorem allegata non fuerit, ex officio rationem habere possit. Atquin in actionibus in rem, nec prior ullo modo nec posterior explicatio locum habere potest: quia cum officium iudicis hoc operetur, ut in minus quam petitum est, cōdemnatio fiat, utique in rei vindicatione rem petitam iudex adiudicare tenetur, & alias in partem tantum condemnato reo dominus rem communem cum possessore habere cogeretur. Cæterum quoniam verba *l.ult. C. h.t. & in d. §.30. Inst. d. a&.* ita se habent pro ut à Tr. proponuntur, de interpretatione & mente eius constitutionis videndum est. Et Dd. quidem vulgo *d. l. ultim.* ad eum casum restringunt, quod ad æstimationem speciei, quæ regulariter illis actionibus petitur, pervenitur: quæ sententia, quicquid etiam Tr. hac lit. C. in F. videatur, si compensationis verbum proprie accipiatur, rationi omnino convenire videtur. Sed tamen obiici ei potest, 1. quod cum demum in iudicio instituto de ęstimatione quęratur, cōpensatio proprie dicta, ipsam actionem & summam debitam minuit: aut si compensationis verbum huc referri potest, etiam iure veteri isto casu compensationi locus fuit, 2. quod ita Justin. respondisset de casu rariori, quod tamen ab ipsius mente omnino & videtur & est alienum. Tentari possit, cōpensationis verbum *in d l.ult.* improprie sumi pro pensatione quadam & retentione, cui in omni actione locū fecerit Justin. quod iure veteri secus fuisse, neque propter debitum speciem aut corpus petitum

retineri potuisse existimo: non obstantibus *lege 21.§.2.d.in offic.testamento & lege 30.§.2.d petition hæreditatis.* quia illis locis agitur de debito ex causa hæreditaria ob pecunias solutas vel impensas factas, cum præsertim etiam alias in petitione hæreditatis veniant debita pecuniaria. Sed huic quoque explicationi resistunt verba Justinian. *d l.ultim.Cod, hoc titul. & in §.30 Institut. de actionib.* quibus locis hoc se introduxisse ait. ut vigore compensationis actiones ipso jure minuantur. Et hoc tamen, utcunque ratione effectus accipiatur ut respectu condemnationis, quæ fiat in minus, ipsa actio minui videatur, quomodo in actione in rem extra casum quo de æstimatione tractatur, fieri possit, minime est expeditum: nisi quis putet hoc voluisse Justin. ut judex ex officio rem petitam æstimet & ita compensationem inducat. Quod ipsum tamen & novum est, & absurdum videri possit, ut pro corpore quod petit æstimationem accipere cogatur. Singularis huc referenda est opinio Cyn. *in l.9, Cod.h.t.* ubi ipso jure compensationem induci, ita accipit & explicat, quod directo respiciat obligationem creditoris, eamque afficiat, ut in quemcunque ea translata sit, cum suo onere translata videatur; idque constitutione nova Justin. effectum esse putat. Videamus an ad huius rei explicationem aliquid conferre possit. *l. 5.d. impens. in res dotales*, ubi expensæ necessariæ dicuntur ipso jure minuere dotem, etiamsi fundus sit, hoc effectu ut in totum vel pro parte desinat esse totalis, & in detentione maritus maneat. usque dum impensarum nomine ipsi sit satisfactum. Eodem modo minui dicentur actiones in rem, ita ut si v. c. possessori fundi alieni tantum debeatur a domino, quanti fundus est, quasi deberi desinere intelligatur, & actio deneganda sit, ut tamen soluta pecunia quę possessori debetur fundum quasi luere domino permittatur. Illud à Treut. hic peccatum, tum quod ambigue aut utique inexplicate utitur verbis, *ipso iure*: tum quod confusim de compensatione ex jure veteri & nouo disputare videtur: siquidem ei quod hic tradit, in actionibus in rem etiam extra casum quo de æstimatione tractatur ipso jure compensationem fieri, convenire non potest, cum eo quod ait hac ipsa th. lit. B. compensationem esse debiti ipsius imminutionem, & thes. seq. in princip. compensari invicem res fungibiles: quo etiam respiciens *disp. prac. th. 4. lit. E.* quantitatis tantum cum quantitate compensationem esse dixit.

Lit. D.

Ait à Justin. introductum non esse, ne in deposito locum habeat compensatio. Verum hoc ex se perspicuum est, neque ullus hoc statuit Dd. quippe qui tantum in quantitatibus admittunt compensationem: & ipsa ratio ostendit iniquum esse, prætextu debiti non restitui depositum. Sed hoc scilicet novum est, quod omnibus omnino actionibus, quibus jure veteri non poterat, compensationem objici voluit Justin. & adeo quod hodie actio depositi exceptio est.

Lit. F. & G.

Negat se excipere actionem rei uxoriæ & commodati, adeoque in utraque compensationi locum facit. Verum quod ad illam, Treut. obstat *l.un. §.taceat. 5. C.d. rei uxor. action.* ubi Iustin. prohibet actioni isti obijci exceptionem ob mores, res donatas, amotas, liberos & impensas. Licet enim ibid. Iustin. verbo retentionis utatur, apparet tamen hoc eum velle. ut dos statim integra restituatur, & maritus, quod sibi ab uxore deberi prætendit propriis actionibus persequatur: contra textus *in l. 5. d. impens. in res dotal & in l. 15. §. 1. solut matrim.* & apparet in rebus à marito donatis vel ab uxore amotis compensationi proprie dictæ posse esse locum: ut perspicuum sit jure veteri hac in re à Iustin. esse derogatum. Est plane à Iustiniani *in d. l. un.* vitiosa ratio, quam maritus proprias habeat actiones, ita enim omnis fere compensatio tolleretur. Secundum hæc admissa una exceptione actionis pro dote, facilius etiam admittemus alteram in actione commodati: quod quidem nec contra mentem Iustin. esse putat Forner. *2. select. 14* & ratio suadet ne prætextu debiti, commodati, quod gratuitum est restitutio denegetur: quod & diserte traditur *in l.ult. Cod. commodat.* quem locum frustra solicitat Cujac apud Paul. 2. sent. 12. §. ult. quippe cum ita jure veteri obtinuisse liquidissimum sit, de quo Forner d. loc & Hottoman. 1 respons. amicabil. c. 21. Cæterum constitutio Iustin. *in l. ult. C. h. t. & in l. penult. C. deposit.* cum sit exorbitans, & absurditatis quadā specie laboret, quam exaggerat Hottoman. *in d. l. pen. C. depositi*, interpretatione juvanda potius & molliendá est, cum etiam vulgo tradatur per particulas taxativas non excludi casus in quibus est ead. ratio: quamvis hac ratione ex identitate ratio-

tionis etiam porrò in alijs actionibus idem tentari possit, & cum Iustin. SOLAM excipiat depositi actionem, de sententia ejus vix dubitatio superesse potest. Illud non capio, quid pro Treut. facere possit *cit. l. 18. §. ult. commodati.*

THESIS VIII.

LIT. A.

Res fungibiles.] Iam notavimus Tr. non satis sibi hic constare, quod si compensationi in quacunque actione locus est, non recte res fungibiles tantum invicem compensari dicentur, & juxta ante explicata ex sententia Iustin. suo quodam modo actiones compensationem admittunt. quod ipse Tr. animadvertit hac lit. dum ait jure novissimo introductum, ut retentio speciei pro quantitate veniat nomine compensationis: quamvis & hoc non conueniat cum eo quod ex eo constitutione Iustin. th. praeced. lit. C. ipso jure actiones minui tradidit: quoniam hoc simplici retentione fieri dici non potest, ut paulo ante disputatum est.

LIT B.

Si quantitas debeatur tanquam species, veluti centum quae in arca sunt, cōpensationi locū esse negat. Contra quam sententiam ita disputari potest, quod per illam demonstrationem non mutatur pecuniae natura, nec ea quantitas esse desinit, sed tantum ratione quorūdam effectuum corporis & speciei vice fungitur: v. c. si testator adjecerit clausulam, quod pecunias legatas velit praestari annua bima trima die, hoc ad pecuniam legatam sub demonstratione ista, non pertinebit *arg. lib. 30. d. legat.* 1. & si nummi ita legati una cum arca, vel quo alio casu perierint, heres liberabitur: quomodo explicanda est *l. 51. d. legat. 1.* Sed tamen pro Tr. facit quod in *d. l. 51.* corpora nummorum contineri, nec permutationem recipere dicuntur, ut proinde si haeres ipsos illos nummos praestare tenetur, nec alias solvendo liberatur, ipsa corpora nummorum in obligatione esse oporteat: & cum alijs nummis peremtis liberetur haeres, ex eventu pendere videatur, an compensationi locus esse possit, si agente legatario nummi adhuc extare proponantur Et ergo tutius statuemus, compensationi non esse locum, proprie scilicet acceptae: etenim compensationis verbo accepto secundum constitutionem Iustin. aliud defendi potest.

LIT. C.

Et si non sint materiae eiusdem.] Rationem reddit, quod non qualitatis sed valoris ratio habeatur. Quod simpliciter verum non esse probatum est *disputat. 20. thes. 12.* ex quo etiam quodam modo haec sententia Tr. dubia reddi videtur, si de compensatione propriè dicta loquamur, quia cum intersit creditoris, in hac potius specie quam in alia accipere pecuniam, & ut d. disp. 20. ostensum, ipse valor & quantitas à qualitate & materia pendeat, non videtur hic ipso jure debiti imminutio fieri posse, sed juxta constitutionem Iustin. compensatio facile admitti potest, ut judex scil. cognita causa aestimet, quanti pluris sit quod ex altera parte debetur: quomodo in quaestione aliquantum diversa Dd. pro dict. allegari tradunt *in l. 3. de reb. cred.* quod si mutatio facta sit in bonitate intrinseca, pretium deteriorationis debitor superaddere cogatur, cujus sententiae improbandae nulla idonea videtur ratio, cum praesertim ipse Treut. *d. disp. 20. thes. 12.* mutatione facta bonitatis intrinsecae spectandum esse dicat tempus contractus.

Genus tamen cum genere.] Negat genus cum genere compensari, quod citati Accurs. Gothofred. affirmant, sed quid per genus intelligendum sit non explicant. Solent alias Dd. generis verbo significare res fungibiles: secundum quod compensatione proprie accepta vera est Tr. sententia, caeteroquin eo sensu falsa, quod compensationi in omnibus actionibus etiam realibus locus esse statuitur. Verum *Cyn. in l. ult. C. hoc tit.* aliter in hac quaestione verbum generis accipi ostendit, dum tradit, non compensari genus cum alio genere, velut asinum vel bovem cum homine, sed in debito ejusdem generis esse compensationem, velut hominis cum homine: quam communem esse Dd. sententiam refert Ias. *in §. in bonae 30 Inst. de action. num. 70.* ubi hanc reddit rationem, quod cum generis debitor praestando mediocre liberetur, ubi utrinque genus debetur, idem utrinque deberi videatur, adeoque perinde ac quantitatum aequalium esse compensationem. Ipse tamen Iason quem Tr. sequitur, magis in contrariam sententiam inclinat duabus rationibus, quarum prima est, quod cum obligatio generis omnia individua complectatur *l. Maevius 66. §. 3. de legat. 2.* non magis hic locus esse possit compensationi, quam ubi invicem debentur species. Sed respōderi non incommode potest, hactenus contineri omnes species, & eo effectu, ut in quacunque specie recte fiat solutio, caeteroquin in-

ter obligationem certæ speciei & generis differentiam non esse, pessime inde deducitur: quin hæc manifesta est, quod in certum corpus & certam speciem cadit affectio, & differentia quæ in singulis individuis ratione & naturalium & adventitiarum qualitatum compensationem plane excludit: quod secus est ubi hinc inde homo in genere, quemcunque præstare voluerit debitor in obligatione est, quæ ipsa ratio compensationem admitti suadet. Alterum Iason. argumentum est, quod cum compensatio sit quædam solutionis species, & quod solvi non potest: nec compensari possit. si quis hominem, in genere debens, Stichum solverit, idem Stichus ab alio debitore creditori eidem solvi non potest *d.l.66.§.3.d.legat.2.* ubi dicitur servum qui semel legatarij creditoris est, licet postea ab eo sit alienatus, ei tamen, ex causa scil. præcedenti, solvi nō posse. Sed & hic respondeo, & admitti posse puto, non eandem plane hic esse rationem compensationis, quæ est in rebus fungibilibus, siquidem si species consideremus V.C. servorum, omnimoda æqualitas vix duorum servorū dari potest: attamen proportione quadam compensatio admitti potest, dum scil. consideramus non species servorum qui solvūtur, neq; respicimus casum solutionis factæ, sed (in quo consistit argumenti solutio) dum consideramus terminos obligationis generalis adhuc consistentis, eatenus utrinque æqualis quatenus hinc inde mediæ qualitatis homo debetur, ita ut cum ignoretur cuius generis homo ab alterutra parte præstetur, sine injuria alterutrius compensatio inducatur. Porro argumentum à solutione quæ naturalis rei præstatio est, non semper procedit ad compensationem, quæ solutio ficta est: & alias in sola pecunia numerata compensatio admittenda fuerit, quod in vino & frumento ratione bonitatis & valoris magna est inæqualitas. Denique sententia proposita *ex l.66.§.3. de legat. 2.* improbata videtur Marcello *in l 72 §. 4.d.solut.* ubi ex causa promissionis generalis etiam hominem qui tum stipulatoris erat, solvi rectè existimat: de quo vide etiam Cujac. *14.observ. 20.ubi* ineptè *d.l.72.* emendat & Anton. Fabr. *2. coniect.15.* & quæ traduntur *infra p.2. disput.29. thes.3.lit.E,*

Lit. E.

Ait in thes. etiam quod naturaliter debetur compensari, & in exegesi subjicit limitationem, *modo tale sit quod exceptione peremtoria tolli non posse, ex l.14.hoc tit.* Verum hæc limitatio male accommodatur ad naturale debitum, vel quia hoc peti non potest, ut frustra de exceptione quæratur: vel quia si exceptio peremtoria obstaret, debitum naturale non esset, deficiente quippe æquitate *arg.l.95.§.4. ad solution. Et l. 14.h.tit.* non ad debitum naturale, sed ad civile tantum pertinet, & in hoc compensationi locum non esse ostendit: quod cum compensatio in æquitate fundetur, exceptio peremtoria vinculum æquitatis sustulit *d.l.95.§.4.*

Lit. G.

Admittit hic compensationem debiti illiquidi per modum exceptionis. Cui sententiæ objici potest, vel quod compensatio fieri dicitur ipso jure, vel potius quod Iustin. *in l.ult.C.h.tit.* tantum permittit compensationem debiti liquidi, & ut est *in §.30.Instit. de act.* quæ certo jure nititur: & jam supra diximus, quod d. cta cōstitutio, de compensatione quæ ipso jure fiat, vix accipi possit: & si debitum illiquidum quod pars adversa negat, objiciatur, novo judicio opus esse videtur, in quo diversa ratio exceptionum quæ ex eadem causa descendunt, de quibus ut maxime sint dubiæ, non nisi eodem judicio disputari potest. Attamen pro Tr. facit, quod si diversa debiti causa attendatur, nec in liquido debito admittenda sit compensatio: & sicut igitur ubi liquidum debitum est, is effectus sequitur, ut ipso jure debitum & actio minuatur, etiamsi ex alia causa debitum sit: ita liquidum hoc operari debet, ut minuatur per exceptionem. Et facit *l. 8.h tit.* ubi ejus debiti super quo lis contestata & id adeo dubium est, per modum exceptionis compensatio admittitur. Recte etiam Treut. tempus liquidandi debiti arbitrio judicis permittit. Cui non obstat *l.47.§.4.d.iur.fisci.* quia specialiter hoc statutum est in fisco, ut ad summum intra duos menses debitum liquidetur: quod ad privatos non recte trahitur, quibus pro diversitate circumstantiarum vel latius vel angustius tempus pro liquidatione facienda concedendum esse ipsa ratio suadere videtur: vide de hoc satis prolixe Iason. in §. *in bonæ 30.Instit. d.action.n.27. & sequent.*

THESIS IX.

Lit. A. & B.

Ait etiam ex causa delicti compensationi locum esse si pecuniarie agatur, adducta ad hoc sub *lit B.l.10.§.3.h.t.* ex qua probari ait, quod etiam criminaliter jure nostro agatur furti neq;

enim

enim probãdam esse emendationẽ Cujac. qui 14 *obs.37. in d.*5. pro *idem est*, legit, *id est*. Quæ ita proponuntur, perinde ac si in prima specie, *d* §.3. *l.*10. & de furto criminaliter vindicando ageretur, cum tamen ibi expresse de pecuniaria persecutione tractetur. Neque negat Cujac. aut quisquam alius, furti criminaliter agi & olim potuisse, quod expressum est *l. ult. ad privat. delict. & in l. ult. de furt.* neque sententia illa de criminali persecutione repugnat emendationi Cujacij, & Cujac. eo tantum fine textum emendat, ut condictionem eam furti ex maleficio esse, & proinde in hæredes non dari confirmet. In quo sane non obscure labitur per notata supr. *disp.22. thes.12.* Et revera non necessaria, imo absurda est illa emendatio: & utroque casu sive agatur in quadruplum sive condictione furtiva, compensatio habet locum. Porro rectius furtum vindicari vel furti criminaliter agi, quam ut Treutl. actione furti, criminaliter agi dicemus: cum & per se incommodius sit actione agi, & in usu juris actio furti pœnalem in quadruplum actionem designet.

Lit. C.

Propositioni jam dictæ, ex causa delicti si pecuniarie agatur compensationi locum esse, hac lit. C. per illationem subjeit, etiam injurias verbales compensari posse. Vitiose: tum quia pecunia natura sua res cõpensabilis est, injuriæ non sunt: tum quia relatio injuriæ non compensatio, sed potius est vindicta: tum denique quia compensatio non est, nisi utrinque debitum sit; sed Tr quod ex allegatis apparet, hanc compensationem injuriæ appellat, ubi quis alteri per retorsionem quasi defendendi causa, quomodo & in th. loquitur injurias infert: atqui ita siquidem hoc accommodari potest, & debet, compensati dicendæ essent injuriæ ubi super invicem forte illatis injurijs uterque cupit experiri, quo casu locum potest habere quod dicitur *in l. 39. solut. matr.* paria delicta tolli mutua compensatione. Absurde autem Tr. probationem sententiæ suæ petit *ex l.3. de just. & jur.* & quia aliud est defendere, aliud compensare, & quia juxta *d. l.* 3. etiam & multo magis injuriarum realium cõpensatio admittenda esset, & deniq; quia ad vindicandas injurias actio jure parata & prodita est. Ita plane retorsio injuriæ possit dici defẽsio, quatenus alter retorquẽdo, honori famæque suæ tuendæ se quasi purgat & ita injuriam in alterum, a quo provecta est derivat, quomodo considerat habet speciem quandam propulsationis, illo scil. contra rationem juris præsupposito quod per injurias alterius fama lædatur: quo respectu citatus Gail. hanc retorsionis speciem probat, si quis injuriantem mentiri dicat: illa vero ratio Dd. improbatur, si quis fur appellatus, illum vicissim appellet furem, quia hæc nova injuria & recriminatio, qua etiam injuriati honos non p urgatur, de quo inf. suo loco.

Lit. D.

Iam dictis consequens est, falsam hanc alteram illationem esse in falsis instrumentis locum esse compensationi. Et Treutl. insuper aliter quæstionem hac quam lit. præced. format: quoniam hæc lit. D. instrumenta utrinque producta proponit, sed lit. C. non utrinq; illatas injurias, sed ab una parte illatam proponit quæ per injuriam aliam defendendi causa compensetur. Quod autem ad instrumenta falsa attinet compensatio non aliter locum reperire potest, quam si de pecuniario interesse tractetur licet hoc ita non restringi à Tr. ex rationibus duabus subiectis appareat. Prima est quod textus loquantur generaliter. Verum respondeo loqui generaliter, sed de obiecto compensationis, quod non sunt delicta, nisi quatenus aut ex ijs pecuniarie agitur, vel quatenus utrinq; sunt paria, & hactenus compensatione tolluntur, ut neutri actio detur, idque ubi de solo interesse partium, tractatur, & amplius ne verbum compensationis paulò latius & aliquantulum abusive, nec satis accommodate ad hunc tractatum usurpetur. Altera ratio est quod crimen falsi non sit capitale. Quæ ratio si vere loqui volumus, omnino inepta est: vel quia quoad persecutionẽ criminalem falsi nulli compensationi locus est, vel quia juris transigendi, de quo agitur in citat. *l.18. Cod. de transact.* nulla cum jure compensandi affinitas, aut si qua esset, facilius in criminalibus non capitalibus transactio esset admittenda: apparet utique pessime ita concludi. non est crimẽ capitale, ergo compensari potest: quin imo cum in hoc genere criminum transactionem ita improbent leges, ut transigentem falsi teneri velint, nec compensationi locus erit: absurdum plane fuerit in crimine stupri, peculatus & in plerisque delictis locum facere compensationi.

Lit. E.

Tandem & in fisci debitis.] Rectius dixisset in debitis-

bitis à fisco: etenim quin fiscus compensationem objicere queat, nulla dubitandi ratio est, sed dubitari poterit, an recte objiceretur fisco.

THESIS X.

LIT. A. B. C.

Proponit hic compensare posse quemvis non prohibitum. Fortassis parum subtiliter, quia hic non agitur de aliquo facto velut testandi aut testimonij perhibendi, sed ipsum jus compensationem inducit: eoque simpliciter dicendum, ubi utrinque debitum aut mutuæ sunt actiones, compensationi locum esse: ut proinde revera nulla sit extensio lit. C. de vasallo & domino, utpote inter quos mutuas actiones & obligationes esse posse nemo dubitat. Porro tutor compẽsare potest & nomine pupilli quod ab alio debetur: & adversus pupillum nomine proprio quod sibi debetur, in casu intentatæ actionis tutelæ. De procuratore in rem suam res non adeo expedita est, & *l.* 18. casum unicum tantum litis contestatæ admittere videtur, cui tamen gloss. *ex l.* 3. *Cod. de novat.* adijcit duos, si denuntiaverit procurator in rem suam debitori, & si partem debiti acceperit: quos cum admittat ipse Tr. non erat quod omnimodo improbaret sententiam Cujac. qui etiam ante litem contestatam compensationem admittit: quoniam qui partem accipit, & maxime qui denuntiat tantum, utique litem non contestatur, Et dicendum foret vel duos istos casus postea receptos, vel à ICto principalem & præcipuum casum propositum fuisse, quæ est sententia Castrens. *in d. l.* 18. *h. tit.* ubi putat subaudiendum verbum *maximo*; alterum enim illud quod etiam Castrens. proponit, quæ ipsissima Cujacij sententia est, proponi *in dict. l.* 8. casum difficiliorem, quod lite contestata possit objici exceptio litis pendentis, ut notat idem Castrens. *in leg. in compensatione hoc titul.* illud inquam minus probo, neque dubito quin ICtus proponere voluerit eum casum, quo maxime confirmatur jus procuratoris in rem suam. Etenim licet hic suo quoque nomine utiles habeat actiones, ita ut præferatur domino *l.* 55. *de procurat.* attamen negari non potest, quin penes dominum maneant directæ actiones, quibus non occurrente procuratore in rem suam, neque jus suum sibi asserente efficaciter experiri, & solutionem quoque accipere possit: quæ ratio scilicet est *ad dict. leg.* 18. *hoc tit.* quia per litis contestationem fortissime, & plenissime excluditur jus domini: ut tamen propterea alij modi non excludantur, veluti denunciatio, qua facta debitor contra dominum directis actionibus utẽtem se defendere potest. Secundũ quod etiam procurator in rem suam ipse conventus jure compensatione utetur, siquidẽ ipsa allegatione cessionis sibi factæ, satis denuntiare intelligitur: cum præsertim procuratori in rem suam plus concedendum videatur, quam ei de quo agitur *in d. l.* 3. *Cod. de novat.* cui saltem exactionis causa mandatæ sunt actiones ut creditor quod exigit ipse sibi solvat, & debito imputet quomodo recte illum locum accipit & explicat Ant. Fabr. *lib.* 12. *coniect. c.* 6. Quod ad bannitum attinet de quo d. liter. C. comparatio ejus cum excommunicato *ex cap. intelleximus, de judiciis,* cum excommunicatio pœna sit spiritualis animam concernens non recte se habere videtur, nisi hactenus, quod neuter in persona litigare possit, & amplius ut ponatur singularis species banniti, cui videlicet bona relicta sunt, ut ita ejus nomine procurator vel defensor intervenire & compensare possit: cæteroquin bannitis regulariter sicut & deportatis bona adimuntur, ita ut obligationes quoq; pereant & in fiscum transferantur *l.* 47. *in princ. de fidejuss.*

LIT. D.

Affirmatur hic cessionario compensationem objici posse ejus nomine quod ipse cedens debet. Quæ sententia dubia videtur, vel quod ita iniqua inferatur conditio cessionario qui nihil cum debitore cedentis egit, vel potius ratione qua *in l.* 9 *C. h. t.* Cyn. licet cum Treutl. sentiens utitur, desumta *ex l.* 33. § *ult. de procurat. juncta l.* 34. *eod.* per quam distinguunt Dd. inter procuratorem in rem suam factum ex causa onerosa vel lucrativa, ut hic demum non autem ille dominum defendere teneatur, compensatio autem species quædam petitionis & reconventionis est, & siquidem à cessionario debitor petere nequit, nec compensationem ipsi objicere posse videtur. Distinguendum videatur an cessionarius experiatur actione utili nomine proprio, an directa procuratorio cedẽtis nomine, ut hoc demum casu ex persona istius compensatio objici possit, juxta tradita ab Anton. Fabr. *lib.* 12. *conjectur. c.* 9. 10. neq; enim quicquam esse videtur, quod proprio nomine agenti cessionario compensari possit. Verum in casu illo ubi ex persona cedentis agitur, ubi agens simplicis procuratoris habet rationẽ, quin ex persona cedentis

com-

compensatio recte objiciatur, nec dubitari quidem potest: & vero fatuus esset cessionarius, si actionem directam moveret: & licet proprio nomine utili actione experiri dicatur, aliunde tamen jus suum habet & actio illa utilis non ex conventione, sed ex constitutionibus principum descendit. Cyn. post Petrum *in l. 9. C. h. t.* distinguit inter jus novum & vetus. hoc putat concessionario compensari posse, quod scilicet *ex l. ult. C. h. t.* compensatio, ut ipse loquitur directo respiciat obligationem creditoris, & efficiatur ut obligatio transeat cũ onere suo. Verum hæc sententia & obscura, & magis est ut falsa sit, & cum nihil hic mutatum reperiatur jus vetus salvum erit: & ut jam dictum est, utilis actio, qua agenti an compensatio opponi possit, quæritur, ex lege non ex obligatione est. Poriò Cynus & Salicet *in l. 9. C. hoc tit.* aliam ex Dino pro Treutl. sententia afferunt rationem, quod compensatio quæ etiam fidejussori datur *l. 5. h. t.* si exceptio in rem *argument. l. 7. §. 1. de exception.* Sed rectè ipse Cyn. respondet, quod etiã quædam exceptio personalis competat fidejussori, & fidejussor ideo compenset nomine debitoris, quod ipse non minus ipsius nomine, conveniri videatur, sicut & fidejussore convento ex ratione juris veteris ipse reus liberatur. Frustra autem huc affertur, quod compensatio ipso jure debitum minuere dicitur, & inhibere cursum usuratum, & facere ut plus petatur *l. 10. §. 1. h. tit. l. 5. & 4. C. eod. l. eius C. de solution. Paul 2. sentent. 5.* Etenim his admissis frustranea fuerit hæc quæstio, si actionem ante cessionem factam ipso jure minutam statuamus. Sed nimirum ista nec universalia, & cum mica salis accipienda sunt, ubi rebus in eod. statu manentibus, debitoribus item utrinque scientibus & fatentibus, quantitates liquidæ invicẽ debentur: alias nulla plane esset cessio, & multa juris loca velut *in l. 5. h. tit. in l. 3. §. 4. de negot. gest.* & alibi everterentur. Addit autem sententiæ suæ Treutler. duas limitationes, si debitum contractum si post cessionem, & si debitor cessionem probavit, & cessionario solvere promisit: quarum prior, licet tradatur à Baldo *in l. 8. h. t.* exiguam, posterior nullam dubitandi rationem habet. Illud non magnopere pro Treutl. movere debet, quod alias inferretur iniqua conditio debitori, si ob mutuam conditionem creditoris compensatio ipsi negetur: etenim responderi potest, quod admissa altera sententia inferatur iniqua conditio cessionario, & quod nulla hic iniquitas, cum parata ipsi sit contra debitorem suum actio, & cum cessio jure licita sit, nulla injuria debitori inferri censenda est.

LIT. E. & F.

Hæc verba in thes. habentur: *& si compensatio hodie ipso jure fieri intelligatur, tamen verius est, factum hominis idcirco non excludi.* Equidem Cynus, verba *ipso iure, in l. 9. C. h. tit* ita explicat, ac si aliquid novi Iustin. quoad hoc introduxisset. Verum neque Treutl. hanc opinionem Cyni sequitur, neque ea vera est, & proinde male hic a Treutl. apposita vox *hodie*, quippe quod etiam veteri, & eo magis compensatio ipso jure fiebat: quin postquam in omnibus actionibus realibus compensatio locum habet, vix est, ut nisi hac phrasi, *ipso iure*, improprie vel singulari plane modo accepta, cõpensatio amplius ipso jure fieri videatur. Quod autẽ attinet ad factum hominis, quod Treutl. excludi negat, malè improbat sententiam Martini, quæ refertur à Cyn *in l. 4. C. h. tit.* quod allegata compensatione, ipso iure tollatur obligatio, & retro effectus compensationis inducatur, sicut & solutionem, per quã ipso jure tollitur obligatio, allegare oportet: quod factũ nudum allegationis si intelligit Tr. teste Cyn. iniuriam Martino facit, qui tam ineptus non fuit, ut eiusmodi allegatione opus esse negaret. Et tamen allegationi isti effectus iste tollendæ obligationis tribuendus minime est, quoniam jus hic operatur, & allegatio saltem debitum fuisse probat & ostendit: alias dicendum esset, quod etiam in solutione & omnibus aliis casibus, quibus ipso jure tollitur obligatio, facto hominis sit opus.

THESIS XI.

LIT. A.

Negat esse periurum, qui iuratus solvere objicit compensationem. Ergo hoc admiserim eo casu quo debitum postea contractum fuit: cæteroquin contrarium potius defenderim, ut aliud operetur iuramentum, quod super vera solutione interpositum præsumi debet. Eoque statuam contra Treutl. qui sequitur Fachin. simpliciter affirmantem, & non obscure hanc ipsam limitationem improbantem.

LIT. B. & C.

Quæ hic proponuntur de usuris non currentibus & non committenda mora, tantum obtinent in compensatione proprie sumta: cæterum

eo sensu quo in omnibus actionibus compensatio locum habere dicitur, vera esse non possunt.

LIT. D.

Ait hic Tr. si dominus aliquid debeat emphyteutæ quod compensari possit, emphyteutam non solventem canonem, non incidere in pœnā caducitatis. Quæ sententia ex eo dubia fit, quod canon solvitur in recognitionem dominij, & ideo non facta solutione emphyteusis cadit in commissum, quod emphyteuta intervertere domino proprietatem voluisse creditur: quod faciendi admissa Treutl. sententia ipsi præbetur occasio: quoniam postea & debitum & se emphyteutam esse negare possit: neque ita compensatio debitum minuit, ut aperte & quasi viva voce debito attestetur & illud probet. Et igitur non nisi sub hac limitatione admiserim Treutl. sententiam, si emphyteuta de causa non soluti canonis, quod scilicet dominus ipsi vicissim debeat, fuerit protestatus. v. de hac quæst. Iason. *l. 2. C. de iur. emphyt. quæst. 19. coll. 11.* ubi sententiā hic Treutl. propositam, quod emphyteuta agat de evitanda pœna magis probat. Sed nec ita satisfacit rationi nostræ, & probo Spec. & alios ibi relatos, tum demum excusari & audiri emphyteutam, si ante finitum triennium objecerit compensationem: quod ad limitationem modo traditam prope accedit.

Illud universaliter.] Affirmat quod compensatio possit opponi post sententiam, etiam stante statuto, quod solutio post sententiam opponi non possit. Quæ sententia ex eo mihi falsa videtur, quod cum compensatio sit solutio ficta, ejus major quam veræ solutionis ratio haberi nec debeat, nec possit.

THESIS VI.

Unica hac thesi proponitur quæstio de patre qui dotem debet, & aliquid filiæ legat, an compensare videatur: ita enim formanda est quæstio, non de patre qui dotem legauit: quo casu nulla esset dubitandi ratio: nisi in th. post verbū *filia*, ponatur virgula. Et alias quæstio hæc aliquanto impertinens, quia abusive sumitur, verbum compensationis: sed quod ad rem ipsam attinet, videamus an non contra Tr. defendi possit, quod in proposita specie & causa filia legatum istud præcipuum habere debeat. Equidē in casu exhæredatæ vel præteritæ filiæ ita juris esse responsum est *in l. 4 de dot.* idem autē in filia instituta vel alias codicillis factis ab intestato successura juris esse debere suadet hæc ratio, quod alias nihil plane commodi ex legato filia sentiret, adeoq; cum certo jure dos conferenda sit, ita in effectu contra rationem juris legatum conferretur. Et ideò statuendū videtur, ꝙ legatum non censeatur cōpensationis causa, nisi eam patris voluntatem fuisse ex conjecturis colligi queat. Et facit pro hac senten: *l. Titia 34. §. qui invita 5. de legat. 2.* ubi cum bis dotis nomine fideicommissum proponatur, à contrario sensu legatum simpliciter relictū præcipuum filia habere debebit. Neque obstat huic sententiæ jus novū, quo etiam in casu testati collatio facienda est *auth. ex testamento C de collat.* sed titulo tamen particulari relicta non conferri constat. Magis obstat *l. si cum dotem 22. [. 3. solut. matrim.* ad quā tamen triplex potest assignari diuersitatis & specialitatis ratio 1. quod ibi dos debetur ipsi filiæ, at in specie nostra à Tr. proposita recta debetur genero. 2. quod *in d. l. 22.* agitur de casu quo pater sine filia & ita non jure neq; legitime, cum actio sit communis, exigit dotem, ut ita præsumi possit, ideo legasse, ut nomine dotis vitiosè exactæ filiæ satisfaceret. 3. *in d. l. 22.* quæritur de jure mariti, quomodo filiam uxorem suam dotem iterum petentem removeat, eoque simul in favorem mariti, ne bis idem petatur, receptum videtur, si legatum facilius compensationis gratia factum dicatur. Attamen secundæ rationi obstat, quod *in d §. 3.* post casum dotis à patre solo sine filia exactæ, generalis videtur subjici clausula ex Iuliano, compensandum esse filiæ in dotem, quod à patre datur. Neque deest differentiæ ratio ad supra citat. *l. 4. de dot. collatio.* inter filiam institutam, & præteritam sive exhæredatam, quod huic ideo legatum datum videtur, ne judicia defuncti sive per querelam inofficiosi, sive petita bonorum possessione contra tabb. inquietaret, siquidem legatum accipiens ab istis remedijs excluditur. Cæterum de varia lectione *d. l. 22 §. sol. matrim.* videndi sunt auctores à Tr. citati.

THESIS XIII.

Tractatur hic de reconventione, de qua Dd. communiter tractant *in l. 14. & auth. seq. C. de sentent. & interlocut.* Ant. Fabr. *lib. 20. coniect. c. 5. & seqq.* Ubi initio videndum est, an & quomodo jus vetus differat à jure novo, cum Iustin. *d. l. 14.* jus reconventionis à se auctum profiteatur. Et Sichard. quidem *in d. l. 14. nu. 10.* contra Accurs. hanc solam differentiam proponit, quod jure

novo

novo etiam apud judicem non communem & ita actori incompetentem ex diversa etiam causa reconventio institui possit: *jure autem veteri* potuerit super ead. tantum causa, & tamen etiam apud judicem non communem. Quod posterius non puto esse verum, & magis puto, jure veteri mutuas petitiones, tanquã apud communem & utrinque competentem judicem institui potuisse: quæ etiam communis sententia est Dd. à Castrens. Salicet. & alijs *in d. l. 14. Cod. de sententiis*, non obstante *l. 21. §. 1. de iurisdiction. omn. iudic.* quia ibi revera judex competens est quoad personam, licet incompetens ratione summæ petitæ. Et ergo statuendum est, etiamsi judex actori incompetens, reconventioni tamen esse locum: quod & diserte probat *d. l. 14.* ibi, *nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscatur*: ut proinde lapsus hic sit Anton Fab. *20. conjectur. cap. 5. 6. & 7.* ubi absurdum esse putat: reconventionis tolli exceptionem incompetentiæ jurisdictionis. Etenim hoc fit autoritate legis, quæ hanc induxit quasi tacitam prorogationem, sive, ut Dd. appellant, legalem *argum. d. l. 14. in fin.* ibi, *cuius enim agendo, &c.* cum alias quoque omnis coram judice aliquo actionem instituẽs, quodammodo eius jurisdictioni subjiciatur, *argum. l. nullum. 14. Cod. de fide instrum.* Et alias hodierno jure nullus fuerit effectus aut usus reconventionis, cum nulli hodie sint judices dati: & & facit pro hac sententia *l. 2. §. 5. & l. 22. de iudic.* ubi quis cogitur se defendere adversus omnes, dum ipse agit, & ita se dicitur subjicere jurisdictioni: neque illa loca commode ad illum casum, quo quis alias subiectus privilegio tantum munitus est, restringi possunt. Quæ ita intelligo in judicibus quidem incompetentibus, sed qui tamen unius principis vel reipublicæ communi imperio continentur.

LIT. B.

Etiam de debito liquido.] Non puto probandum, quod etiam in casu debiti liquidi reconventionem admittit. Etenim si reus conventum debitum ultro fateatur, non poterit actorem reconvenire coram incompetenti judice: sicut ipse Treutl. thes. seq. lit. B. non admittit reconventionem in casu debiti confessi: tum quia hic cessat ratio introductæ reconventionis, quæ duplex colligitur *ex Nov. 96.* ut & lites expeditius decidantur, finianturque, & ut ne in diversa judicia partes distrahantur, quæ utraque hic cessat, cum reo statim debitum fatente, nullus sit processus, & ille adeo siquid habeat contra actorem, merito ad ejus judicem proprium & competentem sit remittendus. Ratio autem à Tr. proposita lit. E. ne continentia causæ dividatur, minime est adæquata, siquidem ut paulo ante dictum, & communissima habet sententia etiam ex diversa causa ubi nulla continentia est, reconventio locum habet, quod ipse tradit Tr. thes. seq. lit. D. Neque obstabit sæpe *d. l. 14. C. de sent. & interloc. in fi.* ibi, *in eod. negotio*: vel quia subaudienda est vocula, *maxime*, ut ibid. notat gl. vel quia verbum, negotij ad ipsum judicium referendum est, ut & gloss. ibid. idem negotium videtur quod inter easdem partes coram eod. judice tractatur, vel quia Iustin. ratione Papinianus usus est, ut ad *d. l. 14.* notat Salic. vel denique quia jus reconventionis per Nov. 96. latius est productum. Et possit hic istius juris quasi statui progressus, quod *in l. 14.* requirat adhuc Iustin. ut causa reconventionis connexionẽ habeat cum causa principali, sive fuerit judex competens sive non, cum ante Iustin. judicem communem esse opotteret: id postea Nov. 96. ita productum, ut nec incompetentia judicis, nec diversitas negotij vel causæ reconventioni impedimento esset.

Eadem lit. B. præcisè negat in criminalibus reconventioni esse locum. Equidem hoc primũ statuo oportere hic judicem esse communem & utrinq; competentem: quod ipsum statuit Maranta, *pro dissent. citatus à Tr. p. 4. dist. 6. n. 51.* quod scilicet ut ipse ait, hic agatur ex necessitate: quæ tamen ratio non concludere videtur, vel quia etiam in causa civili, contra contumacem debitorem ex necessitate agere intelligor, vel quia in quibusdam criminalibus videlicet publicis judicijs ad quæ cuivis ex populo patet aditus, minus etiam ex necessitate agi videtur: ut proinde potius ratio à gravitate causæ & pœnæ desumenda esse videatur. Secundo distinguendum est inter qualitatem criminis, quod conventus objicit accusatori, & est vel par minusve, vel majus & gravius. Hoc quivis accusatus objicere potest, ita ut præjudicium fiat accusationi priori, eaque suspensa prius expediatur quæstio de crimine graviori, *l. 1. Cod. de his qui accus. non poss.* sive illud sit connexum cum prius obiecto crimine sive etiam diversum, ut notat Salicet. *in d. l. 1.* Et ergo hic non est proprie recõventio, quæ dicitur, ubi utraq; causa simul expeditur. In casu obiecti criminis paris vel minoris subdistingui-

tur: quod vel non concernit injuriam ejus qui illud objicit, (idem autem est, si concernat injuriam conjunctorum) & non admittitur, sed conventus prius de crimine sibi objecto respondere, & se purgare decet, *l. neganda* 19. *C. de his qui acc. non poss.* aut concernit injuriam ejus & aut auditus objicient, eoque casu reconventioni proprie locus esse videtur, quia cum causæ sive crimini pari vel minori non possit facere præjudicium, utrumque simul erit expediendum, *arg. d. l.* 19. Quibus consequens est, accusatum non posse movere & objicere causam civilem: vel quia quævis criminalis causa quacunque civile maior est, vel propter insignem harum causarum diversitatem, quæ simultaneam tractationem non videtur admittere: quæ etiam ratio facit, ut si à civiliter convento intentetur actio criminalis, reconventioni non sit locus: de qua re, quatenus & quomodo recriminationi sit locus, vide prolixe Salicet. *in dict. l.* 1. *Cod. de his qui accusar. non poss.*

LIT. C.

Agitur hic de tempore quo reconventio instituenda est: quod aute litis contestationem vel statim post faciendum esse tradit Tr. Cui sententiæ objicitur *cap.* 3. *ext. de rescript. in VI.* ubi dicitur, quod eodem judicio durante instituenda sit reconventio: per quem textum etiam hoc defendit Sichard. post Bartol. *in auth. & consequenter C. de sentent. & interloc.* Possit equidem dici, textum istum juxta sententiam à Treut. propositam accipiendum & ita restringendum esse, quod alias v. c. prope conclusionem in causa instituta reconventione, huius finis non obtineretur, qui videtur esse, ut causa simul utraque eodem processu absolvatur: cum & hic cesset favor reconventionis, & fere causa ejus introducendæ & ampliandæ in N. 96. cum lite propemodum ad finem perducta, reus ad ordinarium judicem actoris sit remittendus: & iniuria videatur fieri actori, si postquam idem fere iam sententiam sperat, usque dum ad eundem terminum causa deducatur recōventionis exspectare cogatur, siquidem ut maxime etiam feratur sententia, de quo mox, executio tamen usque ad finem alterius negotij fuerit differenda. Attamen cum ita jus statutum sit, ut propter conventionem factam, actor quasi agnouisse judicem, & jurisdictionem eius hactenus prorogasse videatur, ut etiam de reconventione cognoscere & contra eum jus dicere possit, non videtur negari posse reo, jus eodem judicio adhuc durante & pendente actorem reconveniendi. Neque certo iure expressum est, ut punctum con- & reconventionis simultaneo processu expediatur, nec iure quidem Canonico *arg. cap.* 1. *&* 2. *ext. de mutuis petit.* & jure civili potius contrarium probari videtur *arg. l.* 1. *§. ult. quæ caus. sine appell.* neque omnes causæ pares sunt, & una altera citius expediri potest, ut fortasse hic aliquid arbitrio iudicis sit permittendum. Cæteroquin possit etiam videri interesse, an recōventio instituatur coram communi iudice, & an habeat connexionem cum conventione: quibus casibus facilius, & tardius etiam poterit admitti reconventio.

Eadem lit C. in fin. ait Tr. causam esse finiendam non uni, sed duplici sententia, eodem tan ē ductu lata. Ubi nihil aliud intelligere potest quam vno tempore esse decidendum utrumque punctum: ita ut statim una sententia alteram à priore tamen seorsim conceptam, subsequatur. Quod ut ita fieri possit, ita ad necessitatem minime transferendum est. Equidem an hoc vel illo modo fiat, nihil interesse, & citra vitium nullitatis utrumque fieri posse videtur, ut & una sententia vel diversis duplici etiam ductu latis utrumque caput decidatur: ubi etiam inter causas distinguendum videtur, quæ si sint cōnexæ, facile res una sententia expeditur, cæteroquin ipsa natura & qualitas rei diversas desiderat sententias. Quin ex ratione iuris defendi fortasse possit, diversis sententiis, & diverso insuper tempore utramque causam recte decidi, per textum *in l.* 1. *§. ult. quæ causæ sine appell.* nec quicquam interesse videtur sive utraque causa simul, sive una post aliam expediatur, maximè si causæ diversæ nec inter se connexæ sint.

LIT E.

Duo præcipue hic proponuntur 1. quod reconventio etiam habeat locum coram iudice delegato. 2. quod etiam coram prorogato. Prius probo, si videlicet non ad singularem causam, ut Dd. loquuntur, sed ad universitatem sit delegatus: vel ut ex taxatione iuris loquendum est, si non sit iudex pedaneus, sed iurisdictionis mandatarius, qui plane vice & persona mandantis fungitur *l* 1. *§.* 1. *de officio eius, &c.* & absurdum sit ex eo adimi reo ius reconveniendi. Posterius improbo, quod & prorogatio per se extraordinaria est, quæ præsertim in præiudi-

judicium judicis ordinarii non debeat extendi, & ipsum quoque reconveniendi jus; quatenus à Justin. productum est, ab ordinario jure exorbitat: & cum prorogatio fiat ex consensu partium in terminis causæ specialis, non debet operari ultra earum intentionem, cum provisio hominis tollat provisionem legis, & absurdum sit fingere, prorogationi expressæ aliam tacitam inesse prorogationem, in qua fundatur reconveniendi jus: ut proinde non obstet ratio desumta ex *l.* 14. *Cod. de sentent* ibi, *cujus enim in agendo, &c.* quia fallit ubi quis in specie & expresse super singulari causa adiit judicem: facit quod alias coram judice qui nulli parti competens est, reconventio institueretur, quia ubi uni competens est res non habet dubitationem. Rationes autem Treutl. exigui. sunt momenti: quia imo hic cessat litigantium voluntas, & nulla est aut legis necessitas, nec publica utilitas, nisi abusive loquendo, & etiam in causis non connexis reconventioni locus est, & hæc ratio si nimis extendatur, etiam coram arbitro reconventio tractari posset: quin etiam extra casum prorogati judicis, hæ rationes non adeo valde stringunt, præsertim prior, quod ejus qui debitorem contumacem in jus vocat, nulla possit dici voluntas, Illud plane non capio, quod absurdum esse dicit propter rei consensum reconventioni locum tribuere nolle: quoniam ideo negatur locus, quod in specie super una tantum causa conventum est, neque tantum de consensu rei sed etiam actoris & hujus magis præjudicio disputatur.

THESIS XIV.

LIT. A.

In causa spolij] Existimant quidam hic reconventioni hactenus esse debere locum, ut causa spolii licet prius decisa, coram eod. judice res finiatur. Sed rectius dicitur, quod favor reconventionis non sit, ut eundem habeat judicem, quippe quod nullum hic interesse prætendere potest, sed ut lites citius & commodius finiantur, & ut reus eod. judicio jus suum consequatur potius quam ut de novo litigare cogatur. Quæ ratio cessat, ubi causa ita comparata est, ut ea prius necessario decidenda & cognoscenda sit in quibus terminis non reconventioni, sed novæ conventioni locus est.

LIT. C.

In summariis,] Non quasi per reconventionē causa summaria fiat ordinaria, aut vice versa, sed si altera quoque causa summaria sit, cæteroqui non admiserim reconventionem, ut causa ordinaria objicitur summariæ.

LIT. D.

Sæpius hic compensationem cum reconventione copulat, & ita loquitur, quasi hæc duo pro iisdem haberet: quo admisso supervacanea foret *l.* 14. *cum authen. seqq. C. de senten.* Sed nimirum latius patet reconventio cui v. c. etiam in actione injuriarū locus est, & qui compensare vult, debitum fatetur, non aut qui reconvenit: de quibus & aliis reconventionis utilitatibus vide gloss. & *Dd.* & *præcipue* Salicet. *in d. l. cum Papinianus* 14. *C. de sentent, & interlocut.*

Ad

DISPUTATION. XXVI.

DE DEPOSITO.

THESIS I.

LIT. A.



Vod non sit ubi depositum.] Adeo perspicuum est, quod hic *deponere* non sit, *demoliri*, ut id admonere non esset necessarium.

LIT. B.

Neque tamen ideo minus.] Ait quod *commendare* etiam significet *deponere*, nec tamen ideo minus depositum differre à mandato. Hæc quoque minus necessaria admonitio: vel qua voces plura significantes secundum subjectam materiam accipiendas esse constat, vel quia aliud est *commendare*, aliud, *mandare*: cæterum *commendare* latius est quam *deponere*, quod etiam homines commendare dicimur. Illud quoque hoc vitium, quod ad ostendendam differentiam depositi & mandati, tradit in hoc simul negotium gerendum committi; quia imo in mandato regulariter tantum negotium gerendum committitur: licet aliquando mandatum possit habere annexam depositi legem & vice versa *l.* 5. *ult. de præsc. verb.*

Nec tamen stante hac.] Recte hic improbat Cujac. qui *in l. ult. C. commodati* vult legendum esse, *commendati*: quoniam tempore Imp. quorum illa constitutio est commodato non potuisse obiici compensationem, liquidissimum est. Sed illud non recte, quod sequutus Dd. locum

illum accipit de debito illiquido; siquidem secundum ius quod Justinianum antecessit, nullo modo propter qualecunque debitum commodatum retineri potuisse verum est.

LIT. A. C. & D.

Verba hæc definitionis, *realu, & bona fidei*, omitti possunt: quoniam differentiæ generis communis non debent poni in definitione specierum, sicut & ipse Treutl. disputat. 24. thes. 1. in definitione commodati eas omisit. Est alias & hoc vitium definitionis 1. quod genus non competit omnibus speciebus, quas ipse Treutl. deposito hic definito subjicit th 4. videlicet sequestrationi necessariæ, quæ utique contractus dici nequit, utcunque hoc invita Iurisprudentia & ipsa ratione affirmet Gœdd. *in l.* 110. *de V. S.* 2. differentia postrema, *quandocunq; libuerit deponenti*, itidem non satis convenit sequestrationi, siquidem ipse Tr. lit. G. hac th. admittit in sequestro conditionem, qua existente demum restituatur *arg. l. 5. C. h. t. & l. 9. §. 3. d. dol. mal.* Sed nimirum Treu. suo more per incuriam peccavit, & depositum in specie definitum postea ut genus dividit.

LIT. G.

Quandocunq; libuerit deponenti.] Non satis recte hinc infert. quod non sit locus compensationi: quia illud concernit jus petendi, quod contra quam in commodato tempore & modo non circumscriptum est: cæteroquin & precarium libere revocari potest, in quo tamen Tr. procul dubio post cōstitutionē just. cōpēsationē admittit. Videtur autē hic obstare *l. 1. § est autē 22. dep.* negatur eum in culpa esse qui non restituit ubi nondum extitit conditio depositionis. Equidem contractus conditionem habere dicuntur, qui sub conditione suspenduntur: quod in proposito casu dici non potest ubi non de deposito sub conditione dilato, sed restitutione dilata depositi tractatur. Ut intelligi oporteat restitutioni conditionem adiectam fuisse: & est quidem conditionis omnis natura, ut actionem nasci prohibeat, in quo alia ratio pacti est, cujus exceptio explicatione elidi potest: sed non video quid prætendere vel causare possit depositarius, quo minus restituat rem deponenti; quod utique cū nihil de usu rei actum proponatur, transformatio actus in commodatum adstrui non possit. Gloss. & Dd. nihil hic juvant, & Salicet. hoc tantum annotat, conditionem depositionis esse observandam. Nihil aliud occurrit, quam ut cum Treutl. *d. §. 22.* de sequestro accipiamus *argum. l. 9. §. 3. de dol. mal*, ubi dicitur nondum impleta depositionis conditione sequestraria agi non posse: & depositum ipsa proprietate verbi sequestrum continet *per l. 5. § 1. l. 6. & l. 7. h. t. in qua l. 7.* exemplum peti potest *ad d. l. 1. § 22. eod.*

THESIS II.

LIT. A.

Proponitur initio, *in l. 32. h. t.* non abundare negationem, contra Hottoman. 3. obs. 2. qui ita legit, *& si quis ad eum modum, &c.* quod etiam sentit Iac. Curt. 2. *εἰκασῶν in fin.* quam sententiam expresso tamen nomine sequitur Ant. Fabr. *decad. 76. ca. 2.* ubi ita eum locum explicat, quod licet depositarius ad vulgarem hominum modum, id est mediocrem diligentiam in deposito adhibeat, si ipse tamen natura diligentior sit, non excusari, nisi eandem rebus depositis quam suis adhibeat curam: itaq; in ea specie ponit patremf. supra communem hominum modum diligentem. Verum inverso casu, si modus ille, quem natura hominum desiderat, de exactiori curandi & custodiendi modo accipiatur, & in ea specie paterfam. natura negligentior proponatur, omnimodo negatio retinenda erit, hoc perspicuo sensu quod licet à depositario non exigatur ejusmodi cura & diligentia, qualem hominum natura desiderat, exigatur tamen talis, qualem præstat rebus suis. Et hæc explicatio procul dubio textui convenit, & ei quod *in §. penultim. in fin Institut. quib. mod. oblig* & alibi traditur negligentem depositarium non teneri, quod ipse deponens sibi imputare debeat, si negligenti amico rem dederit custodiendam: ad quod sc. *d. l. 32.* hæc limitatio traditur, si modo ead. negligentia tractet res proprias. Hactenus igitur ineptam esse Ant. Fabri emendationem, & recte se habere vulgatam lectionem ostensum est: sed ille gravior superest nodus, quod *ex d. l. 32.* probatur eandem requiri diligentiam & curam rei depositæ & propriæ: quo posito re ipsa tollitur differentia, quæ jure traditur inter depositum & alios contractus qui utriusque utilitatem concernunt, velut venditionem, locationem, societatem, &c. in quibus eadem diligentia requiritur in rebus propriis & alienis sive alteri debitis. Anto. Fabr. *decad. 75. cap. 1.* difficultatis & erroris causam recte putat, quod definitio & essentia latæ & levis culpæ sit inexplicata: verum ipse infeliciter hic operam navavit, & cum de lata culpa satis prolixe egisset, in explicanda natura levis culpæ, quæ tractationem difficiliorem habet, plane deficit, nec quicquam ad nodum istum

dissol-

dissolvendū confert. Video esse qui ita scribant, levē culpā esse quoties non ea quā diligentissimi adhibent, fides aut diligentia præstatur. Atquin hæc potius descriptio videtur levissimæ culpæ, quæ opposita est curæ, quæ à diligētissimis præstatur: neq; ita ullo modo supra difficultas explicatur: *v. hac de re notata sup. dis.* 10. *the* 5. *lit. C. & D*

Illud hic semel.] Connexa hæc est tractatio de culpæ distinctione. Nimirū tria sunt, de quibus in singulis cōtractibus disputatur duo extrema, dolus in specie sumtus, & casus fortuitus, & intermediū culpa Dolus cui hic æquiparatur lata culpa in omnibus cōtractibus præstatur, casus fortuitus in nullo, nisi ex pacto, culpa aliter atq; aliter præstatur. Rursus culpa, ꝙ ipsa epitheta arguunt, alia est crassa & fere dolus, alia est levissima sive minima: & vix culpa, quæ est prope casum fortuitum; ex quo fit ut vix uno loco ejus culpæ mētio fiat, & plerisq; locis culpa simpliciter casui fortuito opponatur: alia deniq; est culpa media & vere sed nihil amplius nisi culpa, quæ in jure nostro leuis appellatur. Barr. *in d. l.* 3. 2. *h. t* culpā facit latā latiorem & latissimam: quod improbat Anto. Fabr *& ante ipsum* Iacob Cuit. *li* 2. *coniect. c.* 28 ubi docet ex eo ꝙ latioris culpæ mentio fit, non propterea has species statuendas esse, quod scil. lata culpa eadem diversis nominibus in jure nostro appelletur. Verū Dd. quamvis & Accurs. *ad dict. leg.* 32 latiorē culpam explicet de lata, species istas statuunt culpæ in genere acceptæ, & ꝙ ex Bartol. & Salicet. & Castrens. *in dict. l.* 32. apparet latissimam culpam de dolo vero, latiorem de dolo præsumpto interpretantur. Idem Bartol. post antiquum Dd. qui Accurs. antecessit, culpā facit levem leviorem & leuissimā, quā distinctionem Anto. Fabr, *d. c.* 1. per errorē adscribit Coras. & recentioribus: & idem hanc minus etiam qnā priorem rationis habere putat, ꝙ culpæ quidem latioris sed non levioris in jure mentio fiat. Verū ex adverso culpæ levissimæ sed nō latissimæ mētio est. & si dato positivo & cōparativo licet addere superlativum, etiā dato positivo & superlativo, cōparativum addere licebit. Et tamē sentio cum jis qui utramq; hanc distinctionē rejiciūt tum quia tres illæ culpæ species sufficere debēt, cum quia dolus suæ appellationi cum ICtis est delinquendus. Neq; *ex l.* 32. species illæ defendi possunt, ꝙ Nerva & Celsus effectum respiciētes dolum esse dixerunt, cujus hic eadem quæ doli ratio est: quamvis sane non abs re esse videatur ꝙ Zas. duas species latæ culpæ facit, aliam ubi quis per negligentiam & ignaviam peccat, aliam, ubi sciens prudens, quæ species dolo vicinior & fere dolus est. Iam ut ad Tr. redeamus, ait hic, duas tantum esse species culpæ, larā & levem, & statim subjicit, constitui posse gradus negligentiæ, sed species non posse. Atquin cum nihil aliud esse videatur negligentia, quam culpa, aut in prioribus verbo, *speciei*, abutitur, aut levissimam culpā à speciebus excludit, sed inter gradus tamen admittit. Quod sane nimis fuerit superstitiosum, & ludere in verbis, quod sive gradus sive species appelles, nihil ad rem pertinet: & satis est hoc jure probari, esse aliquid quod sit infra levem culpam, quod ostendit cit *l.* 47 § 5. *de legat* 1. in qua explicanda Tr. principium petit, dum ait ea probari, quod fugienda sit omnis negligentia: quoniam hoc etiam admisso non nisi inepte inferri potest, nullas esse species culpæ: cum præsertim levissimæ culpæ fiat mentio *in l.* 44. *ad L. Aquil & ex d. l.* 47. appareat, præter diligentiam illam quæ culpæ opponitur, esse aliquam curam accuratiorem, quod & confirmat *l.* 5. §. 1. *commodati.* Plane contrariorum ead. est ratio, & tres species esse culpæ arguit, quod etiam sunt tres species diligentiæ, alia summa, alia media, & alia ut ita loquar, infima & remissa, quæ eodem modo culpæ levissimæ, levi & latæ opponuntur. Ubi hoc etiam notandum, quod species istæ considerentur vel in thesi & in abstracto, uel in concreto, & certo aliquo debitore, juxta notata *d. disp.* 10 *thes.* 5 *lit. C. & D. in princip.* Deinde & hoc observandum, quod verbum *diligentia*, sumitur & in genere, & in specie ut opponatur levissimæ culpæ, & significet diligentiam summam, ut *in d. l.* 47. §. 5. *de legat.* 1. *l* 23. *de reg. iur. l* 5 §. *vers. commodatum D. commodati*, quomodo & verbum custodia specialissime in hunc sensum usurpatur *l* 1. §. 33. *h. t. & in l.* 13. *de pign. act.* Porro ut & hoc addamus, ratio. ut depositarius tantum teneatur ad dolum & latam culpam, sumi solet *ex d. l.* 5. §. 2. ꝙ nulla eius sit utilitas: licet regula *d.* §. 2. multas patiatur exceptiones, velut in tutore mandatario qui licet eorum officium aliorum tantum respiciat commodum, specialibus tamē causis etiam levem quin & levissimam aliqui culpam præstant *l.* 7. *C. arbitr tut. l* 13. *&* 21. *C. mandati per notata d. disp.* 10. *thes.* 5. *lit. C. & D.*

Eaque fraudis nomine.] Non puto esse verum, quod hic affirmat in antiquis edictorum formulis, fraudis nomine latam culpam significatam

catam fuisse: siquidem in titulo *qua in fraud. cred.* & passim in toto jure fraus & dolus pro synonymis usurpantur, lata autem culpa revera dolus non est, sed quo ad præstationes ex contractibus dolo comparatur & æquiparatur.

Imo & in delictis.] Proponitur hic regula, quod etiam in delictis sub dolo contineatur lata culpa, cui duplex subiicitur exceptio, nisi agatur ad pœnā corporis in specie pro ea quæ corpus recta affligit sumta, satis vera non est, vel quia etiam ubi de pœna relegationis quæritur, latam culpam pro dolo haberi non puto, vel quia in delictis quæ criminaliter vindicantur, maximo judicio publico, licet pœna pecuniaria imponenda veniat, velut in crimine peculatus, repetundarum, &c. latam quoque culpam dolo non exæquari, verius existimo, sed tantum ubi ex causa delicti civiliter agitur *arg l.1.§. 2 si is qui testam liber.* Altera exceptio, prout verba habent, plane vitiosa est; quia cum in exemplum pœna augeri debeat, contrario potius modo, facilius hic lata culpa æquiparabitur dolo. Ideoque hæc exceptio accommodanda est regulæ negativæ, quod in criminalibus præcipuè capitalibus lata culpa pro dolo non habeatur, nisi res sit mali exempli: quo casu punitur etiam qui malo animo & proposito nocendi caruit *per l.3.§.2. ad L. Cornel. de sicar. & l.38.§.5. de pœn.*

LIT. A. B.C.& D.

Regulam initio thesis propositam, quod sufficiat custodia latæ culpæ & doli expers, statim in ipsa thesi liter. B. limitat Treutl. nisi depositarius summam in se diligentiam receperit. Parum accurate quoniam hic non est proximus gradus à custodia quam regula proponit, sed sicut à lata culpa, non est proxima levissima, ita ab infima diligentia non proxima est summa, sed intermedia, neque dubium est, quin depositarius etiam diligentiam exactam, quam à summa hic distinguit Treut. in se recipere possit. Neque satis bene *in thesi versic. qui vero* loquitur per adversativam, siquidem ibi quoque exceptio & regula proponitur: nisi illa adversativa ad exceptionem referatur. Commodius dicetur, præstationes in deposito venire vel ex contractus natura, vel ex pactione, & hac vel expressa vel tacita, velut si se obtulerit deposito, vel honorarium acceperit. sed illud hic quoque videndum, quod ait, eum qui se obtulit, ad summam diligentiam qui honorarium accepit, ad exactam diligentiam teneri. Vbi non recte exactam opponit summæ, quam exacta frequentius in jure nostro significat *§. secundus Institut. quibus mod. d. contrahit. obligat.* ita ut raro mediam denotet, nisi *in §. ultim. Institut. d. t.* quod per inscitiam Triboniani factum putat Anton. Fab. *decad. 76. cap. 1. in fin.* quamvis alias dici possit, quod verbum *exacta* secundum cujusque contractus naturam sit accipiendum. Amplius, Treutl. supra *disp. 10. thes. 5. lit.* D. in deposito latam culpam esse ait, minus curare res depositas quam proprias. eoque depositarius eam curam rebus depositis debebit quam suis, adeoque ubi ex pacto sive expresso sive tacito in plus obligatur depositarius, videlicet, ut cum Treut. loquamur, ad levem culpam & exactam diligentiam, majorem quam suis rebus curam deposito præstare obligabitur: quo posito non animadverto, quid plus diligentiæ præstari possit ab eo qui se obtulit deposito, siquidem hic summus diligentiæ gradus, jure nostro traditur, majorem curam adhibere rebus alienis quam suis. Et recurrit adeo hic nodus paulo ante propositus, quem removere Treutl. & quidnam hic levis culpa esset explicare debebat: quod partim intelligi potest ex eis, quæ tradita supra *disput. 10. thes. 5. lit. C. & D.* & ut hic breviter aliquid adspergam, dicendum videtur, quod lata culpa in depositario consideretur in concreto, ita ut natura etiam ignavissimus depositarius excusatus sit, si eod. modo res suas tractet: levem autem culpam magis in abstracto considerari, ita ut depositario qui ad diligentiam aliquam v.c. ex pacto tenetur, si natura socors sit, non liceat eadem negligentia in curando deposito defungi, sed ad eum modum, quem quisque paterfam regulariter in rebus suis curandis observare solet, depositum curare cogatur.

Superest tandem hac thes. quod lit. C. proponit Treut. si quis rebus suis summam diligentiam adhibere soleat, quod eo casu ob levem culpam non teneatur. Et quæstio non satis commode proposita aut formata videtur: quia aut minus curat res depositas quam suas & tenebitur ex *l. trigesima secunda. hoc titul.* aut pariter cū suis & nulla levis culpa esse potest in ejusmodi patrefam. Repetenda hic videtur ante tradita distinctio, inter diligentiam vel culpam consideratam absolute & relate, vel in thesi & abstracto & in hypothesi poterit in aliquo nec culpa esse velut in homine natura negligente, quod in alio, qui diligens sit, vix absit à dolo: & proposito

patre-

patrefamil. tali, qui summe diligens est, quæ alias levis aut levissima, in eo lata aut levis culpa haberetur.

THESIS III.

LIT. A.

Hanc thesin quasi cõtinuaturus ad præcedentia, ita loquitur Treut. *quod totum ita restringitur, ut is depositarius liberetur. apud quem res periit, quæ omnino eodem modo penes deponentem peritura fuisset.* Et tamen in his nulla connexio est cum præced. & si hæc restrictio esse debet, cum alias naturali interim omnis debitor liberetur, ad casum quo dolo & culpa res interiit, id referendum erit: & tamen de interitu rei nihil thes. præced. tractatur, & si depositarius dolum vel latam culpam admiserit, interitu rei nec naturali quidem liberabitur: cæterum si extra culpam talem & dolum sit liberabitur, etiamsi res non eod. modo apud deponentem, qui eam diligentius curasset, peritura fuisset. Sed nimirum Treut. captavit occasionem more suo immiscendi quæstionem alienam, quæ proponitur supra *disput. 15. thes. 7.* & infra *part. 2. disput. 3. thes. 8.* nec eam tamen recte proponit, quia controversæ opiniones quas refert lit. A. ad eum tantum casum pertinent, quo naturalem interitum culpa vel mora præcessit: ad quem casum quod pro regula in thesi proponit Treutl. pro limitatione potius & restrictione tradendum erat, quod scil. etiam post moram naturalis interitus liberet debitorem, si res eod. modo penes creditorem peritura fuisset: de quo citatis locis.

LIT. B. & C.

Ait ex his omnibus pro consectario deduci, quod depositum nec depositarii solius, nec utriusque gratia contrahi possit. Verum ex proximis hoc non deducitur, sed aliquatenus ex eo, quod thes. præced. de præstatione latæ culpæ dictum fuit argu. *l. 5 §. nunc videndum commodati.* Et tamen ex hoc tantum probatur id esse regulare, ut solius deponentis utilitas versetur, perpetuum autem id esse nec ullo casu aliter se habere, nullo modo sequitur: nam & quod in commodato levissima culpa præstatur, inde solius commodantis utilitatem spectari colligimus, & tamen propterea aliquando aliter obtinere ipse fatetur Tr. *disput. 24. thes. 3.* quo exemplo, idem in deposito statui potest: & si quis honorarium acceperit initio contractus, recte utriusque gratia depositum dici potest: sicut & tum, si cuius intersit, in cubiculo aliquo corpus aliquod bene olens depositum habere. Neque movet ratio Treutler. quod his modis res in alium contractum abeat: etenim in mandato opera desideratur, qualis in simplici commodato nulla esse videtur, & commodatum tempore & modo circumscriptum est, & contractuum re constantium difficilior est transformatio, & utcunque in ejusmodi casu depositi natura alteretur, non propterea plane consumitur, quod & in aliis casibus in quibus magis receditur à contractus natura obtinet *argum. l. in navem 31. locati* & in specie depositi *in leg. 24. & 25. §. primo. & l. 26. § primo, hoc tit.* quo tamen casu actio depositi locum habet *d. l. 26. §. primo in fin.* adeoque ut maxime depositum hic sit irregulare, cujusmodi etiam commodati species *in l. 3. §. ultim. l. seq. commodati*, non propterea plane depositum esse desinat. Et ab hac sententia, vix ullum dissentire puto, & ipse Mozzius quem Treutler. pro se citat cum Gabriel. ex hoc ipso autore diserte affirmat (citatus autem Gomes. autoritatem defugit.) utriusque gratia contrahi depositum, sed solius accipientis gratia contrahi negat, contra Dd. *in l. si quis nec causam 4. d. reb. credit.* qui ex hoc ipso textu hujus rei non male petunt exemplum: non obstante quod Mozzius ibi mutuum esse existimet: quoniam utcunque ad hoc sit ordinatum, ob quam causam accipiens periculum præstat, ut ibid. recte notat Cast. tamen simplex & purum mutuum non est, cum adjectam habeat hanc quasi conditionem, si accipiens prædia empturus fuisset.

THESIS IV.

Vitium methodi hic notari potest, quod cùm hic demum proponat divisionem in depositum speciale & sequestrum, ratio methodi postulabat dicere, quod in præcedentibus generalia & utrique speciei convenientia fuerint tractata. Quod tamen contra se habet, & hactenus non minus ac *thes. 4. 5. 6. 7.* proposita, specialia sunt, & deposito, quod sequestro opponitur, propria. Sed neque subdivisio, quod utrumque & depositum & sequestrum sit vel consilii vel necessitatis, satis probat, quoniam cum genus, & quæ generis sunt, ex æquo & eod modo speciebus competere, & de iis prædicari debeant, attamen manifesta est homonymia in verbo *necessitatis*, & longe diverso modo & sensu, deposito in specie & sequestro illud accommodatur: quoniam illud depositum necessitatis vocatur,

quod fit tempore incendii, ruinæ, naufragii, quibus casibus depositi respectu nulla revera necessitas est, & res utique à domino deponitur, sequestrum autem necessarium à magistratu in vita etiam parte constituitur. Cæterum nullus ex Dd. quod tamen iis imputare videtur Treutler. distinctionem istam depositi in genere sumti improbat, sed illi depositi specialis, ut ex cit. Mozz. apparet, divisiones quasdam proponere solent, quæ tamen nullæ extant apud Menoch. *lib. 2. arbitrar. cas. 232.* Illa vero divisio, cujus hic obiter mentionem facit Treutler. quod depositum aliud sit juris, aliud facti, plane impertinens, & hic aliena est, quod testante eod. Mozz. Dd. illud depositum juris appellant, quo ad inhibendum cursum usurarum, vel inducendum effectum liberationis, pecunia vel apud magistratum, vel in æde sacra deponitur, de quo infra *p. 2. disp 29.*

LIT. C.

Ab uno.] Non recte hanc differentiam sequestri & depositi proponit, tanquam specificam, quod depositum fiat ab uno: cum ipse lit. seq. statim subjiciat, quod etiam à pluribus fiat depositio: licet hactenus differre videantur, quod depositum aliquando à pluribus sed sequestratio semper à pluribus constituatur: quamvis & hic dubium moveat *l. 9 §. 3. d. dol. mal.* ubi quis ultro oleum quod à se petebatur deposuit, idque sequestrum esse res ipsa & verba textus ostendunt.

LIT. D.

Unica hic movetur quæstio de objecto depositi, an etiã res immobiles possint deponi: quod affirmat Gœdd. ad rubric. de sequestrat. *num. 9. & seqq.* sed Treut. post Dd. negat. 1. quod cura rei immobilis abeat in speciem mandati, quod firmatur *ex l. 5 §. 4 de præscript. verb.* ubi proponitur mandatum annexam habens custodiæ legem, depositum autem *argum. l.* 1. §. 12. respicit custodiam nudam: quæ in rebus immobilibus non sufficit, imo earum proprie nulla est. 2. ab Etymologia *ex l. 1. in princ. h. tit.* quod depositum dicatur à ponendo. 3. quod nullum depositi in rebus mobilibus jure nostro extat exemplum. Porro post parte affirmante duo præcipue argumenta affert Gœdd. 1. quod etiam rerum immobilium dicatur esse custodia *per l. 5. § custodiam, commod. leg. 2. § 1. l 3 & l. 11. d. peric. rei vend.* 2. quod extent rei immobilis depositæ exempla *in cap. 1. d. sequestrat. clem. un. eod. l. 7. §. fin. qui satisd. cog. l. un. Cod. de prohibit. sequest. pecun.* cum dubium non sit in sequestrationem quæ depositi species est, res immobiles venire. Verum posterior hæc ratio plane impertinens & aliena est, quod hæc quæstio non de deposito in genere, sed in specie sumto, quod à sequestratione distinctum est, proponitur. Nec difficile est priori rationi respondere, siquidem & *l. 3. d. peric. & commod* de rebus mobilibus loquitur, de quibus etiam recte accipitur *l. 5. §. custodiam, commod.* neque enim ut male existimat Gœdd. locus ille necessario de re immobili ideo accipiendus est, quod *§. seqq. 6.* oppositive de servo loquatur: quoniam servus tanquam se ipsum movens & hinc inde vagans ut facile custodiri nequeat, alii rei mobili inanimatæ opponitur. Sed & *l. 2. §. 1 d. peric. & cõmod. &c.* de re mobili tractat, & perspicue laborat Goddæi collectio: si in vino quod admetiendum est, custodia locum habet *d. l. 2. § 1.* ergo etiam in fundo, qui recipit mensuram *l. 10. h. tit.* neque enim inde in omnibus quæ admetiri possumus custodiæ locum esse sequitur, & latissima inter rationem admetiendi vini & fundi differentia est. Quod attinet ad *l. 11. d peric. & commod.* abusive insula custodiri dicitur eo respectu, dum v. c. habitator ignem recte curat, ne oriatur incendium. Quæ licet ita sint, ne tamen deest, quod argumentis sententiæ negantis reponatur: siquidem non ita facile propter mutatam aliquam qualitatem fit transmutatio contractus: & ex eo quod in centonibus nostris nullum immobilis rei depositæ extat exemplum, nihil solidi concludi potest, & argumentum à notatione desumptum leve satis est, & vel inde confutatur, quod sequestrum recipiens etiam res immobiles, sub generali nomine depositi continetur. Ego ita statuo, regulariter depositum esse rerum mobilium, sed tamen alterata paululum natura etiam rerum immobilium depositum esse defendam. 1. exemplo commodati, quod admittit res immobiles, 2. quod aliarum quoque rerum, in quibus simplex custodia non sufficit, dicitur esse depositum, veluti *servil. 5. §. 6. commod. l. 1. §. si quis 9 h. tit.* qui tamen proprie deponi non dicitur, & cui insuper cibaria præstanda sunt. *d. §. 9.* 3. si potest esse mandatum annexam habens legem custodiæ *d. leg. 5. §. 4. d. præscript. verb. leg. 1. §. 12. h. tit.* nihil obstabit, quin etiam possit esse depositum annexam habens legem mandati: 4. fa-

4. facit quod aliquæ res immobiles non multum curæ vel administrationis desiderant, ut vel ideo ejusmodi depositum non statim debeat transire in mandatum: veluti si cui Insulæ vel horrei custodia commissa sit, & culpa vicinorum vel aliunde ignis erumpat. 5. si pactum usurarium in deposito pecuniæ non plane transformat depositum: multo minus id faciet qualitas rei immobilis: cum & alias contractus ex conventione accipiant legem & frequenter in concursu duorum contractuum ille celebratus intelligatur, quem partes designaverunt: cum & regulariter qualitas rei non distinguat contractus, & ratione præstationum multum intersit, an depositum, an mandatum contractum dicamus: ut proinde videndum sit, ne præter voluntatem contrahentium strictius & gravius alter obligetur.

THESIS V.

Hæc thesis non satis bene cum præcedenti cohæret, & dicendum potius erat, obligari quem consensu expresso vel tacito. Cæterum limitatio in exegesi proposita, *si nihil à parte deponentis dictum sit*, vel potius sententia illa, quod patiens aliquid deponi obligetur, in dubium vocari posse videtur, vel quod utrimque consensus expressus esse debet, vel quia pro invito habetur, qui consensisse non probatur *l. 8. §. 1. de procur.* Sed tamen recte respondetur istud non esse generale, & quibusdam casibus consentire intelligi qui non contradicit *leg. 2. §. 1. solut. matrim. l. 5. de adopt.* textus generalis *in leg. 60 de reg. jur.* & expressus consensus diversimode accipitur, vel pro expressa verbali declaratione, vel quatenus opponitur consensui à lege subintellecto, qui constituit quasi contractus: & qui aliqua re penes se deposita, cum alter se eam custodiæ ipsius committere dicit, cum recusare utique possit, satis expresse, consentire videtur, quod alias ejusmodi contractus cum muto celebrari nō posse sequeretur. Neque obstat *d. l. 8. §. 1. d. procur.* quia in nostra specie ipsa acceptatione consensum intelligitur, & cum procurator ad factum, & si non fecerit, ad interesse teneatur, non facile citra expressum consensum eum obligari statuemus. Non obstat etiam *l. penult de furt.* quia furtum ex affectu & animo furis æstimatur, nec facile excusat à delicto patiētia alterius, qui non potest præsumi passus, ut actionem furti remitteret. Et hanc sententiam communem esse colligi potest ex traditis à Mozz. *cap. ult. hic num. 9. & 10.* & quæ tradit post Azon gloss. & Castrens. *in l 1 in princ. h t.* ubi tamen nimis subtiliter distinguunt, an quis dixerit se deponere, an ponere, & hoc casu quia ponens non abdicet à se custodiam, depositum esse negant: de quo ex circumstantiis puto esse statuendum.

In nautu tamen.] Hoc idem tradit Mozz. d. loco. & ratio differentiæ expedita est, quod hi ex officio teneantur, & profitendo se verbi causa caupones, ad custodiam rerum se obligare intelliguntur. Nec minus certa est exceptio à Tr. subjecta, si prædixerint se nolle teneri *ex l. 7. naut. caup stab.* ubi injuriam facit Bartolo, qui hinc minime dissentit, sed quæstionem tractat, an idem sit, si hospites prædictioni expresse non cōsenserint, & opiniones contrarias gloss. & Petri distinctione recte conciliat, an caupo post ingressum hospitis & res receptas cum jam obligatus esset, an ante prædictione illa fuerit usus. Illud quoque in thesi lit. A. non recte se habet, quod ex sola patientia, si videlicet deponens nihil dixerit, negat alterum obligari, si res furto vel alio casu pereat: quoniam ut maxime depositum contractum dicamus, tamen depositarius re citra culpam latam vel dolum, casu, vel etiam regulariter furto peremta, non tenetur.

LIT. B. & C.

Ait in thesi, quod depositarius quovis tempore officio suo liberari possit, sicut & deponens quovis tempore rem repetere potest. Hoc quidem jam traditum est th. 1. lit. G. cæteroquin illatio & hac in re deponentis & depositarii vitiosa comparatio est; quia depositum fit gratia deponentis, & depositarius quo minus statim & quandocunque recipiat, interesse prætendere potest, sicut ex adverso commodatum restitui quidem pro libitu, sed pro arbitrio commendantis repeti non potest.

Sed an per impensas.] Negat propter impensas in depositum factas restitutionem depositi recusari posse. Contrariam sententiam jam olim probavit *Placent.* quem referunt & sequuntur Cyn. *in l. si quis, 10. Cod. h. t. in fin. & ibid.* Bald. *in fin.* Salic. *num. 4. &* Castrens. *num. 5.* eaque probatur 1. ex regula *leg. 18. § ultim. commod.* quicquid contrario judicio peti potest, ab eo qui directo convenitur retineri posse. 2. quia Justinianus prohibet compensationem & retentio-

nem ob præsumptam perfidiam cuiusmodi hic nulla est. 3. quia hoc ipsum tacite conventum censetur, ut depositarius faceret impensas : quæ ratio est Bald. & Salicet. *d. loco* ubi notant hoc descendere ex voluntate ipsius deponentis. Et has rationes fortiter omnino procedere puto in impensis necessariis, de quibus in conservationem scilicet depositi factis nominatim agit Treutl. & citati Dd. qui exemplum proponunt depositi servi & equi, qui ut ipsi loquuntur, non possunt vivere de vento : facit quod impensæ necessariæ rei quasi constituunt partem, & tribuunt impendenti jus in re *argum. l. 38. d. petit. hered. & l. 5. d. impensis in res dot.* idque amplius confirmat, quod Justin. *in l. un. Cod. d. rei uxor. action §. taceat. 5. vers. sed nec*, cum omnes removerit exceptiones, tamen impensas necessarias excepit. Neque obstat *l. ult. Cod. d. compensat. & l si quis. 11. Cod. h. tit.* quæ accipiendæ sunt de compensatione vel retentione, ex diversa causa, & ad illos casus referendæ, in quibus depositarius jus in re ipsa non est adeptus, quod per necessarias impensas eum consequi jam ostensum est. Cæterum de impensis utilibus facile admiserim Treutl. sententiam *argum. d. l. 5. vers. sed nec. Cod. d. rei uxor. action.* & præcipue quod eiusmodi impensas facere ad officium depositarii non pertinet.

Quod si fidei commissum.] Probat hic explicationem Anton. Fabr. *ad l. 26. in pr. h. t.* ubi in ea specie tanquam ex fideicommisso, non vero actione depositi res illas petendas esse putat, Mihi vero illa sententia, ut pote & à verbis & à titulo aliena, non ut Treutl. eam appellat, pulchra neque vera, sed duplex Dd. interpretatio magis videtur probabilis : quarum prima est, quod actio depositi ibi detur filio tanquam heredi, q; licet alios quoque heredes ab intestato fuisse proponatur, merito tamen propter voluntatem matris filio illi, quem itidem hæredem fuisse præsupponendum, actio in solutum danda sit. Altera est quam Salicet. & alii *ad d. l. 26.* magis sequuntur, quod ex voluntate & conventione matris filio utilis actio commodetur tum propter affectionem & conjunctionem personarum, ob quam aliis quoque casibus alteri actio datur, tum quia ex contractu reali, facilius alteri paratur actio *per l. 8. C. ad exhibendum, juncta l. 9. §. pen. d. reb. cred.* facit quod possessio per actum traditionis naturalem alteri quæritur *l. 1. §. per procuratorem 20. ubi id notat Zas. d. acquir. possess.* Cæterum an personæ affectio, ita enim legendum est, alteri actionem faciat acquiri, quam quæstionem alio remittit Tr. videbimus infra part 2. disput. 27. th. 2.

THESIS VI.

Fit tamen, ait in pr. Tr. aliquando, ut non idem specie, sed genere restituatur. Non satis accurate, quia hoc non fit ex depositi natura, sed cũ ejus notissimi termini exceduntur *l. 24.* & dicendum potius erat, præcedentia obtinere in deposito regulari, & inde de irregulari subjiciendum aliquid, licet fortassis rectius th. 1. propositæ qualitati depositi de eod. restituendo, hoc exceptionis loco subjectum fuisset. Scilicet ne fraus fieret conventioni partium præcipue de præstandis usuris, quæ ex mutuo non debentur citra stipulationem, receptum videtur, ut pro deposito habeatur, ut fortassis non recte Tr. hac th. lit. C. quasi per ampliationem proponat etiam tum hoc obtinere, ubi de usuris convenit. Referenda autem huc est *l in navem. 31. locat. vers. idem juris.* ubi proponitur hæc species depositi, si pecunia detur non obsignata an tantundem renumeretur : ut videri possint duæ species esse depositi irregularis, altera cum pacto expresso de utendo & usuras præstando, altera cũ tacito, si pecunia non obsignata detur, ut tamen utroque casu initium contractus fiat à deponente, cum alter pecuniam nec petat neque ea egeat, quod alias utique mutuum futurum esset. Illud hic quæri possit, an eod. modo his casibus dominium sicut in vero mutuo transferatur : & ratio suadere videtur, ut dicamus non traditione, sed consumtione demum accipientem dominum effici, quod alias depositum, quod titulus transferendi dominium non est, omnino consistere non posse videatur. Attamen pro Treutl. qui lit. C. aliud statuit, facit *argum. ex l. 4. de reb. cred.* ubi in casu non dissimili pecunia dicitur esse periculo accipientis *in d. l. 31. vers. idem locati* hoc casu incredutum iri affirmat ICtus. Porro ut persequamur hanc tractationẽ, eadem lit. C. Treutl. hanc speciem irregularis depositi proponit, si post depositam pecuniam numeratam convenerit, ut depositarius pecunia utatur. Atquin *ex l. 9. §. ultim. de reb. cred.* hoc mutuum esse probatur : & cum hic excedantur depositi limites, hoc potius restringendum videatur, & quidem ad duplicem casum. 1. si pecunia hac lege fuerit deposita, ut si ea depositarius utatur, præstet usuras, 2. Si pecuniæ de-

depositæ ipse depositarius usum rogaverit & usuras obtulerit juxta *l.* 24. *& l.*26. *h.t* cæteroquin esse mutuum statuemus. Attamen *l.* 10. *de reb cred.* etiam in priori casu pecuniam mutuam fieri probat neque quid respondeam. aliud habeo, nisi quod irregulare etiam depositum de quo agitur in *d.l.* 24 *h tit.* quatenus excedit depositi naturam, & ratione objecti mutuum dici posset, idque tantum considerasse ICtum *in d. l.* 10. *de reb. red.* qui alias id depositum irregulare dici posse negaturus non fuisset. Plane ex mente contrahentium hujus rei ex parte decisio petenda erit, alias in dubio si posteà de utendo conveniatur pecuniam sive ipsum depositum. cujus naturæ usus repugnat, in mutuum conversum dicam. Neque huc pertinet, quod de novatione citra expressâ voluntatem non contingente traditur *in leg. ultim. Cod. de novation.* quia hoc obtinet ubi posterior priore obligatione salva subsistere potest nec destruit essentiam prioris.

Paucula hac thes. notanda supersunt, & in primis quod lit. B. circa lectionem *l.* 27. sequitur sententiam Hottomann. qui expungit præpositionem A. eaque retenta sententiam legis perverti ait. Verum contrario plane modo, res se habet & expuncta illa particula tota sententia legis inepta efficeretur. Scilicet hoc ibi tradit ICtus quoniam ex parte Lucii Titii ejusque filiæ, statum & conditionem Pamphili ignorantibus, omnia bona fide acta sunt, ideo superesse actionem, quæ nulla futura esset si à domino servi denuntiatio interposita, adeoque illis conditio sponsi cognita fuisset.

Lit. C. recte improbat Hottom. qui *in l.* 26. *§.1. in fin.h.t.* legendum esse vult, *depositi modum non excedere*: siquidem ea lectio repugnat disertis verbis *l.*24. *eod.* ubi ista conventio excedere dicitur notissimos depositi terminos: cæterum non explicat Treut. nodum qui superest *in d. §.* 1. quoniam siquidem contractus iste depositi modum & naturam excedit, male ICtus ad concedendam actionem depositi concludere & inferre videtur: neque aliud dici potest, nisi quod hoc ipsum præsupposuerit ICtus, licet excedat depositi modum, non tamen planè & omnino in alium contractum abiisse, sed quadã ratione adhuc depositum esse, & ut in f lit. C. ex Dd. tradit Treut. inspecto initio & voluntate contrahentium, qualitatem aliquam depositi retinere, ut proinde recte actionem depositi competere, inferatur: quod & videtur animadvertisse Cuiac. *in d. l.* 24. *lib.* 9 *quæst. Papin.* & alias succincta & obscurior scribendi ratio Paulo cuius est *d.l.*26. solet esse familiaris.

THESIS VII.

Hac th. non pauca peccat Tr. & inter ea primo loco, quod depositum regulare & irregulare confundit: etenim quod initio de usuris ex mora præstandis tradit, irregulari tantum deposito convenit: ut proinde non recte adjecerit verbum *regulariter*: neque possis hoc referré ad th. præced. tum quod in irregulari deposito usuræ ex mora regulariter debentur, quin, quod alterum vitium est, etiam ex conventione: tum quod cætera hac th. proposita pleraque depositum etiam regulare respiciunt. Male autem in exegesi comparat quo ad hoc cætera bonæ fidei judicia in quib. ex mora debeantur usuræ: quia hoc minime omnibus commune est, sed in tantum, ex quibus debetur quantitas velut in locatione, emtione, societate, mandato, &c. Quod in f.lit. A. de usuris, quæ in ipsam actionem depositi veniunt, verum quidem in suis terminis, sed ratio adjecta, quod sortis usurarumque non sint duæ actiones, generalis non est, sed fallit in casu, quo usuræ ex stipulatione debentur: nec illa ratio adæquata est ad usuras ex mora debitas, de quibus in th. agit Treut. sed ead. obtinet in usuris pacto adjecto promissis, quod in deposito irregulari locum habet *l.*24. *in fin. & l.* 26. *§.1. hoc tit.*

LIT B.

Eum qui usuras accepit, renuntiasse privilegiis depositi ait Tr. Verum id non recte subiicitur ad usuras ex mora debitas quoniam illa tacita renuntiatio ad casum quo usuræ vel ex conventione initio facta, vel postea non usu pecuniæ præstitæ sunt, pertinet, *l.*7. *§ quoties* 2 *h.t.* Cæterum illi quod ex *d.§.*2. præferri deponentes traditur, obiicitur *l.*24. *§.*2. *d. bon. aut. iud.* quæ post privilegia demum admittit deponentes. Distinguendi videntur tres casus; si pecunia deposita adhuc extat, jure vindicationis præferetur omnimodo deponens *d.l.*24. *§.*2, si pecunia non extat, aut accepit usuras, & cessat privilegium, aut gratis fidem publicam sequutus deposuit, & aliis præfertur: quæ est sententia Cuiac *ad l.*8. *h. tit. lib.* 9. *quæst. Papin.* Verum quia difficile est, ut *d.l.*7. *§.*2. *h. tit.* excipiatur de casu pecuniæ extantis, malim sequi gloss. *in d.l.*7. *& Zas. in d.l.* 24. *§.* 2. qui *d. §.* 2. explicant de privilegio hypothecæ reali: quod firmatur ex fine *d. §.* ubi

ubi dicitur si pecunia extet, futurum deponentem ante privilegia, scilicet etiam realia, quia de personalibus nulla dubitatio est. Facit quod *in* §. 1. de privilegio ejus qui in restitutionum ædificii credidit, proponitur, quoniam hic habet hypothecam *l.* 1. *in quib. casu pignus ac.*

Adeoque verum est.] Ex eo quod usuras accipiens, non præferatur, non satis recte videtur inferri, quod in deposito irregulari non semper sit locus privilegiis veri depositi: quia hoc speciale est in eo deposito irregulari, ex quo usuræ acceptæ fuerunt. Cæteroquin verum est, quod privilegia depositi veri non insint semper deposito irregulari, adeo quidem ut non recte putem Tr. usum esse particula, semper: quoniam cum hoc depositi genus re ipsa mutuum potius sit, tarius & paucissimis casibus in eo privilegio depositi locum habebunt. Eoque defendam privilegium quod lit. C. proponitur, de compensatione, ad depositum irregulare non pertinere: Illud autem ead. lit. C. liquidum, quod iterum inculcat quam dubium, etiam ante Justin. deposito compensationem objici non potuisse, de quo dictum disp. præced, th. 7. Et hoc tamen hic addendum, si consideretur hoc ad rationem juris veteris, privilegium hoc non esse, sed esse tantum ex jure novo, juxta notata disputat. præced.

LIT. D.

Aliud hic proponitur depositi privilegium, quod instrumentum depositi paratam habet executionem. Equidem hoc admitto, in actione depositi hoc esse singulare, ut cum depositarius, utpote nullum jus in re habens, nihil prætendare possit, celeriter juxta constitutionem Justin. & quasi summatim cognita causa facienda sit restitutio: sed admittam amplius, quod Treutl. ait, non posse objici rei non datæ exceptionem, cum præsertim vix fingi possit, ut quis fateatur spe futuræ dationis se accepisse depositum. Verum sententiæ à Treut. propositæ alii plures sunt effectus, & præcipue, ut nec libellus nec sententia requiratur, sed statim ab executione incipiatur: quæ licet sententia Bart. sit *in l. quis* 11. *C. h. t.* quam ibid. magis probat *Castrens.* veriorem tamen omnino puto sententiam Bald. *in d. l.* 11. in quam magis inclinat Saliect. *ibid. num.* 1. quoniam cum instrumentum probationis causa conficiatur, videri non potest, nec per ejusmodi instrumentum, nec per constitutionem Justin. sublatus actionis depositi usus: & porro idem in testibus, & amplius in aliis quoque contractibus statui posset.

LIT. E.

Aliud hic privilegium est, quod depositario condemnato non dentur quadrimestres induciæ ad faciendum judicatum. Atqui aut quæritur de deposito proprio cum ipsa res & species deposita restitui petitur & privilegium hoc non est, quoniam idem est in omnibus actionibus, sive in rem sive in personam, ex quibus species vel corpus certum, quod penes reum extat, restituendum venit: aut de deposito irregulari, & contra Treutl statuam, cum hoc instar mutui sit, inducias illas condemnato dandas esse; quod idem statuam, si re perdita vel corrupta, ad æstimationem reus condemnetur: & porro amplius idem dicam, si propter dolum vel contumaciam rei in litem fuerit juratum, quia hoc modo quasi vendi res videtur: ut non obstet, quod afferri possit de dolo & contumacia rei, quæ juramentum hoc inducit: quia hæc diversa est à condemnatione & induciis, & cum satis juramento illo contumacia coerceatur, non debet propterea tempus illud quadrimestre reo denegari. Cæterum circa eandem tractationem non videtur satis apte aut vere traditum, ubi in litem juratum est, statim restitutionem esse faciendam: siquidẽ hoc casu non de restitutione rei ipsius, sed de æstimatione præstanda quæritur, & utique nulla ratio erat, cur privilegium istud quodammodo ad casum præstiti juramenti in litem restringeret.

LIT. F.

Privilegium hic propositum procul dubio fallit in deposito irregulari, vel ubi de æstimatione præstanda agitur: posito autem casu rei extantis speciale privilegium hoc non est, sed omnibus actionibus commune, quibus res nostras, sive jure vindicationis, sive actionis personalis v. c. ex commodato vel locato persequimur, de quo etiam inf. *part.* 2 *disp.* 24 *th.* 7.

THESIS VIII.

De Etymologia quæ traditur lit. A. contendere supervacuum videtur De definitione agit lit. C. & ait eleganter probari à Gœdd. quod *leg.* 110. *de V. S.* perfecta sequestri definitio tradatur. Verum ICti in tradendis accuratis definitionibus nunquam laboraverunt, & plane existimo ICtum *in d. l.* 110. describere potius quam exacte defi-

definire voluisse: utique quicquid argutemur definitio illa non convenit sequestro necessario: nam quod dici possit, quatenus res in judicium à partibus deducta & in judicem consensum est, necessariam sequestrationem ab ipsis factam videri debere, id tamen nimis longe petitum, & nimis durum est, ut à parte fact m dicetur, quicquid fit à judice etiam parte invita, quod de hac sequestratione ipse Treutler. affirmar. Utitur Gœdd. & hoc argumento, quod sequestratio sit contractus, omnem autem contractum à pluribus & ab ipsis quorum interest fieri constat. Verum falsum est quod aut omnis sequestratio, aut omnis depositio contractus sit, quod quidem genus de ea tantum depositi specie quæ consensu partium fit, prædicari potest: neque vero si una species sequestri contractus est, protinus etiam alteram esse consequ tur: quod exemplo novationis, quæ alia voluntaria, alia necessaria est *l.29. d. novation.* item pignoris, quod & conventione & ex officio magistratus constituitur, ostendi facile potest. Nec majoris momenti est altera Gœdd. ratio, qua sequestrationem necessariam contractum esse probare conatur exemplo stipulationis prætoriæ, ad quam probandam quis cogi potest. Etenim respondeo 1. quod nemo præcisè stipulari vel promittere cogatur. 2. quod edictum prætoris imponat necessitatem conditionatam, stipulationem autem non à prætore, sed ab ipsis partibus interrogando & respondendo perfici: & hinc 3. quod non ea tantum sequestratio necessaria dicatur, quæ autoritatem judice interponente à partibus fit, quin imo hæc sequestratio revera necessaria non est nec dici solet, sed quæ fit mero officio judicis etiam partibus invit s Clemen. *und. sequestration.* adeo ut etiam sequestratio puellæ nubilis à Dd. admittatur, ut post alios notat Bernhard. Gräven. *ad lib. 1. observation.* Gail. *conclus.* 112. *consid.* 1. Quod autem otiosè hic reperit de rebus, remittimus *ad th. 4. lit. D.*

THESIS IX.

LIT A.

Ait in voluntaria sequestratione possessionem transferri posse. Atquin idem est in necessaria: & quod sequitur lit. B. eo casu partium usucapionem interrumpi (licet rectius dixisset, partis, quia duo usucapere non possunt.) necessariam connexionem non habet: quoniam ita sequester possidere potest, velut ejus possessio victori prosit, vel ut nihilominus deponens quoad effectum usucapiendi pro possessore habeatur: exemplo creditoris qui licet vere possideat, debitoris tamē usucapio non interrumpitur, sed quo ad istum effectum perinde habetur atque si creditor possideret pro alieno *l. 1. §. 15. d. acq. poss. l. 13. in pr. & l.16. d. usuc.* quo etiam pertinet quod jacens hæreditas quoad effectum continuandæ usucapionis pro possessore habetur *l. Ceptam 40. d. usuc.* Illud adhuc peius ead. lit. B. infertur aut concluditur, quod partes in dubio voluerit transire possessionem. Licet enim hoc alias defendi possit, attamen præmissis vitiosè subjicitur; quoniam si non aliter transit possessio, quam ubi partes volunt, quod ait Treut. hac ipsa lit. B. consequitur eam non transire ex natura sequestri, quod autem ex natura contractus non est, in dubio non præsumitur, adeoque potius in dubio possessionem non transire concludendum erat: quod consequens est illis quæ tradit ipse Tr. t. transferri possessionem, quoniam inde regulariter non transferri colligitur. 2. interrumpi eo casu usucapionem, cum utique nemo indubio sibi præjudicare, & præcipue quoad effectū interrumpendæ usucapionis possessionem omittere velle præsumatur. De re ipsa autem, an & quatenus possideat sequester, ad explicationem *l. 17. h. t. & l. 39. d. acq. poss.* agemus infra *p. 2. disput 21. th. 4.*

LIT. C.

Ait valere conventionem, ut debitoris omnia bona non sequuta satisfactione sequestrentur. Mihi hæc sententia ex ratione juris nostri vera non videtur: equidem ultro nemo omnia sua bona in sequestrum dederit, nec possit ea esse vera sequestratio, quippe rei non controversæ, quam specificam sequestrationis ipse ponit Tr. & judicialis sequestratio regulariter etiam in re singulari prohibita est tantum abest, ut universorum bonorum sit concedenda. Neque apparet ulla actio, qua creditor hoc obtinere possit, siquidem pacta adjecta formant actionem sed quæ sunt secundum naturam contractus, quin mutuo adjecta plane non insunt: neque video quomodo aut actio ipsius contractus, aut etiam præscriptis verbis huc accommodari possit; cum non sit indulgendum malitiis, nec creditoris intersit, qui potius debitum suum persequi, judiciarium exequendi morem observare debet. Facit quod sequestratio per se odio-

odiosa, & in his terminis cum infamia debitoris futura sit, & quod debitores inopes nullum non pactum admittere coguntur.

LIT. D.

Sequestrum Ecclesiæ vel beneficii cui jus patronatus adhæret, interim conferre posse affirmat. Id ex eo dubium videtur, quod sequester nudam tantum custodiam vel possessionem habet. Neque valde movet ratio, qua post Dd. *in l. 17. h. t.* utitur Costal. quod alias diuturnior possit esse vacatio: etenim siquidem judicialis sit sequestratio, ejus omnino conferre esse dicam, penes quem fuit possessio, imo ex sententia Tr. *th.* 11 *lit. G.* adhuc existit: quod hæc sequestratio ex se prohibita ultra finem cui destinata est non extendi neque operari, nec effectus possessionis istos parti cum injuria auferre debet. Sequestratio voluntaria, si de possessione alterutrius constet, itidem jure conferendi non privabit, sin possessio dubia fuerit, ad utrumque jus conferendi defendendam pertinere.

THESIS X.

LIT. A.

Ait quod custodia diligens sit communis toti generi depositi. Ubi aut valde abusive, & contra usum juris accipitur verbum *diligentia*, aut hoc quod affirmat, falsum est: siquidem Justin. *in §. 3.* quibus modis re con. obl. etiam negligentem depositarium excusatum esse affirmat: neque sequitur sequestrum est depositum, ideo in id venit diligens custodia, ut maxime hæc in deposito speciali requireretur: & tamen haud scio an hac in re diversa depositi specialis & sequestri sit cōditio, nisi forte ipsa rei sequestratæ conditio, quę cura & cultura indiget, majorem diligentiam exposcat.

LIT. B.

Jus distrahendi tantum permiserim sequestro, quoad fructus, non autem in altero casu, quem Tr. hic proponit, si custodia rei displiceret bono patrifam. quoniam sequestro nudo custodi, & ad summum simplici administratori, arbitrium hujus rei permittendum non est, cum fortassis litigantium alterutrius vel ratione affectionis, vel alias ob causas rem ipsam potius habere interesse possit. Illud hac thesi methodi vitium est, quod cum hæc sicut & præcedens thes. ad voluntariam sequestrationem referenda sit, siquidem seq. demum thes. de judiciali tractare incipit, pleraque tamen th. etiam judiciali conveniunt, quin imo id ejus proprium est, quod lit. C. circa ejus finitionem, cognitione judicis opus esse ait, quæ sane in sequestratione voluntaria nullo modo necessaria est: licet & in judiciali præcise necessaria non esse videri possit, cum tantum interesse partium spectari videatur. Attamen sequester rem à judice sibi concreditam citra hujus consensum vix partibus restituet: judex tamen parte utraque consentiente restitutionem facile decernet, neque eo casu justissima causa, quam requirit Tr. opus erit, sed tum demum, si judex parte contradicente sequestrum relaxare velit. Illud autem male cohæret, quod statim subjicitur, *adeoque actione depositi contraria sequester id consequetur*: quoniam hoc eo pertinet, ut re diutius extracta sequester exonerationem ab officio obtinere possit: quamvis hac in specie & in casu citatæ *l. 5. §. 2. h. t.* non tam actionem ordinariam, quam officium judicis instituere & implorare debere sequester videatur, quia contra ipsum Judicem vel Magistratum non nisi inepte actio moveatur: & ipse Tr. *th.* 12. solo decreto judicis hoc sequestrum tolli adfirmat. Neque adeo movet exemplum fidejussoris *ex l. Lucius. 38. §. 1. manda.* quia hic actione contraria mandati ad exonerationem à fidejussione obtinendam experitur. Plane ad expensas, si quas sequester fecit, obtinendas, actio ista utilis erit.

LIT. B.

Et quidem tantum.] Particula hæc taxative rectius omittitur: quia vel maxime hoc an sequestrationi necessariæ locus sit, arbitrio judicis permittendum est, neque hic præcise certi casus statui & definiri possunt.

Ex causa prodigalitatis.] Abutitur hoc verbo, quoniam in vere prodigo nulla dubitatio est, & pertinet hoc tantum ad casum, quo periculum est, ne res ipsa petita à possessore corrumpatur, vel fructus ex ea percepti dissipentur, de quo casu tractatur *in cap. 3. de sequestr. & à Gœdd. ibid.* ut proinde eodem referri possit lit. C. traditus denegatæ cautionis casus, qui proponitur *in l. 16. in fin. d. offic. præsi. & in l. 7. §. fin. qui satisdar. cog.* neque dubium videtur, quin etiam *in casu d. c. 3.* præstita cautione sequestratio sit cessatura.

LIT. C.

Non huc pertinent casus.] In specie citatæ *l. 1. §. 19. de collat.* revera quidem & proprie sequestratio non est, nec ibi res litigiosa, illa tamē propter defectum cautionis curatoris constitutio sequestrationi non absimilis: & ei magis etiam affinis in spe-

in specie *l.20.§.1.C.de agri. & cens.* fructuum depositio, quippe quod ibi fundus sit litigiosus, & fructuum ratione *in d.c.3. de sequestrat.* admittatur sequestratio; & aliàs nec *in casu l.ultim.C. quib.ad libert.proclam.* contra sententiam Treutl. sequestratio futura sit, quod ibi principaliter non de rebus possessis, sed de ipso statu controversia est. Neque recte citatus Gœdd. in eo casu sequestrum magis voluntarium esse statuit, ex vitiosa ratione, quod ibi permittatur colonis fideiussores dare? vel quia forte propter inopiam fideiussores invenire nequeunt, ex qua causa in specie *l.7.§.fin.qui satis dar. cog.* sequestratio necessaria & rei petitæ apud officium depositio admittitur: vel quia etiam necessariam sequestrationem regulariter satisdationis præstatio & impedit & tollit. Cæteroquin recte *Gœddl. ibid. conciliat. lib.7.leg.20.in princip. cum l.25.Cod.locat.* per distinctionem colonorum, quam etiam ipsi textus & res ipsa suppeditant: quia alia ratio est colonorum, qui annua pensione colunt, *d.leg.25.* alia eorum, qui sub posterioribus Impp. primò emerserunt, & qui conditione sua terram, cui adjecti sunt, colunt, & terram, ipsam quasi dominam habent & agnoscunt: licet hæc aliter & male explicet *Coras. 3 miscel.*

LIT. E.

Non metus armorum.] Equidem non est secundum veram justitiam, ut ex hac causa alteri possessio auferatur, sed potius quisque in sua possessione defendendus, & alterius injusta violentia coercenda est. Attamen cum hoc totum arbitrarium sit, aliquando ob circumstantias hoc admitti minime absurdum videatur, imo nec contrarium juri civili, præsupposita nostra reipubl. forma, in qua aliquando partes velluti principes Germaniæ, autoritate magistratus ordinarii propter potentiam suam satis coerceri non possunt, & tamen pertinet constitutio Imperii ad casum, quo uterque se possessorem contendit: super quo cum sententia non mature satisfieri possit, nihil iniqui est, interim possessionem sequestrari, dum de jure possessorio cognoscatur.

LIT. F.

Non casum sævitiæ mariti.] Casus iste non satis bene huc referri videtur, quia non est controversia de re litigiosa inter duos: nisi quis improprie dixerit, uxorem suiipsius controversiam marito movere. Plane *per c. ex transmissa.* nec sibi relinquitur mulier, nec marito restituitur, sed matronæ, quæ sane sequestra videtur, custodienda datur: rectius sane quam curatori, ut Treut. censet, cum periculosum esse possit, ovem committere lupo, & eiusmodi sequestro, qui alterum in possessione turbaret, & ipse fructus pro quibus restituendis nulla cautio præstari potest perciperet.

LIT. G.

Ait ex re sequestrata fructus præstandos esse parti, quia cum non tollatur possessio, consequenter nec eius effectus. Ubi multa notari possunt. 1. quod etiam aliquando ex causa necessariæ, sequestrationis possessio transire potest. 2. quod Treutler. in exegesi hoc ipsum restringit ad casum partis egentis, quod si ratio bona esset, in omnibus idem obtinere deberet. 3. quod in casu rei sequestratæ regulariter etiam fructus in sequestro manent, tum argument. eius quod tradit Tr. *th.præced.lit. B.* tum quod propter solam fructuum dissipationem sequestratio conceditur *in cap.3. de sequestrat.* siquidem cum ipsa re petita etiam fructus veniunt restituendi, quoniam & malæ fidei possessor & creditor, qui revera possident, fructus suos non faciunt, & ex adverso conductor, fructuarius &c. qui non possident, fructus acquirunt & suos faciunt, de quo infra *p.2.disp.21.*

THESIS XII.

LIT. A.

Quod solo decreto judicis sequestrum hoc tolli affirmet, simpliciter admittendum non videtur, ut videlicet parte invita, cujus interesse versatur sequestrum, aut citra satisdationem relaxet, vel etiam adversarium ad cautionem juratoriam admittat: quoniam versatur hac in re non tam nobile, quam mercenarium judicis officium, ut proinde fortassis nec sufficiat personam à judice fide dignam existimari: & alia ratio est cautionum aliarum, quæ circa constitutionem judicii, de persequendo litem, judicio sistendo & cætera præstantur, ubi in subsidium cautio juratoria admittitur, quod aliter parti consultum esse nequeat, hic autem nihil prohibeat rem relinqui penes sequestrum: cum præsertim in specie hoc casu satisdationem jura requirant, quæ non fit nisi per fideiussores: qua de causa parum subtile est, quod lit. B. & C Treutl. ait, tolli sequestrum per satisdationem, in eoque non sufficere cautionem juratoriam; quoniam ista cautio nec solet nec potest dici satisdatio,

juxta tradita supra *disput*. 5. *th*. 2. *lit*. *A*. Cæterum d. lit. B. limitatio, *nisi satisdatio sufficiens interponatur*, non cohæret cum eo, quod præmisit, tolli sequestrum judicis decreto, & omnino legēdum, *si satisdatio &c*. vel potius, *aut si satisdatio*: ut sc. hic alter sit casus, quo tollitur sequestrum judiciale: licet minus recta sit oppositio, quod simplici satisdationis præstatione citra autoritatem judicis vix hoc obtineri, posse videatur. Cæterum cum Treutl. tribus tantum casibus sequestrationi faciat locum, de duobus, prodigalitatis & status incertitudinis nec dubitatio est, & in tertio res decisa videtur per *l*. 7. §. *ult*. *qui satisdar. cog*. ubi eo casu tantum, quo persona suspecta, est, rem sequestrandam esse respondetur. Illud quoque de grassandi facultate lit. B. minus huc pertinere videtur: quod cum sequestratio hæc extra ordinem & quasi contra rationem juris in casu necessitatis permittatur, tanto facilius & indistincte præstita cautione eam cessare vel tolli statuendum est: maxime cum sequestratio vix fiat universitatis, sed corporis alicujus, cujus restituendi nomine si idonee caveatur, nihil interesse videtur actoris, si reus in bonis suis pro libitu grassetur.

THESIS XIII.

Abuti videtur lit. A. appellatione actionum civilium, quæ in usu juris prætorijs opponi solent: neque video hic quæ sit actio prætoria, nisi ubi ex causa in incendio vel naufragio facti depositi contra infitiantem agitur in duplum. Cætera lit. B. & C. ex se perspicua sunt, & omnibus ex contractu actionibus communia, ut perpetuæ sint & pro portione hæreditaria transitoriæ: sed lit. C. in verbo, *individui*, homonyma latet, quia aliàs individua solent dici, v. c. facta & jura, quæ nullo modo præstationem partis recipiunt, juxta *l*. 2. §. 1. *de V. O*. sed in *l*. 1. § 36. *h. t*. quem non nisi causa *Ant. Fab*. 12. *coniect*. 16. Triboniano adscribit, simpliciter pecunia numerata corpori vel speciei opponitur, quæ aliàs pro parte indivisa præstari potest *in d. l*. 2. §. 1. Plane *l. ult. C. h. t*. nec valde elegantem habet casum, & huc non pertinentem: quia deciditur, quod contra hæredem, qui partem suam exegit, si postea res pereat, vel aliàs à debitore inope præstari nequeat, nullum cohæres habeat regressum.

LIT. E.

Duos hic proponit & sibi opponit Tr casus quibus actio depositi in duplum detur, si reus neget, & si necessitatis causa depositum sit. Quorum casuum si recta oppositio est, sequetur, 1. etiam in deposito simplici ex causa inficiationis condemnationem crescere in duplum. 2. in deposito necessitatis etiam citra inficiationem in duplum fieri condemnationem. Atquin quoad posterius hoc absurdum est eum qui beneficium præstitit in duplum teneri, nisi hoc ita explices, quod cum fere non nisi præcedente interpellatione actio instituatur, contra negantem extrajudicialiter actio in duplum dictari possit: quod tamen fallet: si reus vel iustam ignorantiæ, quia forte heres est, causam prætendere, vel propter impensas factas jure restitutionem depositi recusare possit. Prius autem illud falsum esse puto: tum quia citra textum in pœnalibus extensio facienda non est, tum quia hac ratione nulla hic inter simplex & necessitatis depositum esset differentia, contra text. *in l*. 1. §. 1. *h. t*. quo ipso sententia illa, quam Treutleri verba præ se ferunt, confutatur, sicut & ex Paulo 2. sent. 12. Ex causa depositi inquit, Lege XII. tabb. in duplum actio datur, edicto prætorio in simplum. Neque enim hic Tr. de actione illa prisca & desueta ex XII. tabb. agere videri potest. Neque obstat §. *sed furti*. 26. *Instit. de action*. quoniam ipso verbo, interdum Iustin, speciem illam depositi necessitatis designat. Illud certum est, quod lit. F. condemnatum infamia notari ait: licet non recte tantum faciat mentionem doli, cum idem proculdubio obtineat, in casu latæ culpæ: licet simpliciter recte dicatur, condemnatum ex causa depositi fieri infamem, quoniam tantum ob latam culpam vel dolum actio depositi instituitur: nisi forte Tr. illos casus, intelligit, quibus juxta notata th. 2. ex pacto sive expresso sive tacito depositarius ob levē vel levissimam culpam convenitur, ex qua causa infamem fieri condemnatum videatur absurdum, de quo etiam actum aliquid supra disp. 8.

LIT. H.

Ait, quod in sequestrum non sit actio doli & præscriptis verbis, & tamen in allegatis subjicit, non negandum esse, quin cum actione ex contractu possint concurrere. Quod generalius & obscurius dictum explicandum est ex Gœd. qui cit. loc. actionem sequestrariam cum actione præscriptis verbis concurrere posse statuit: quamvis juxta verba Treutleri concursus etiam actionis sequestrariæ & actionis doli fuerit admittendus. Quod tamen verum non est, per *l*. 1. *d. dol. mal*. quin nec verum puto, quod præ-

præscriptis verbis actio cum sequestraria concurrat *ex l. 1. 2. & 3. d. præscript. verb.* & videtur sibi Treu:l. contradicere: siquidem contraria sunt, non dari in sequestrum hanc actionem, quod affirmatur in th. & tamen concurrere cum actione sequestri. Regulare utique est, ut ubi datur actio ex contractu ordinaria, cesset actio subsidiaria præscriptis verbis. Neque obstat *l. 9. §. si oleum. d. dol. mal.* quia ibi plane negatur actio sequestraria, ut adeo frustra ad ejus concursum cum alia actione probandum adducatur. Cæteroquin ratio illius loci hæc est, nō quod ibi sequestrum proprium non sit, neque enim dubito, quin ibi consensu adversarij res fuerit sequestrata, sed quia conditio depositionis nondū extitit, quæ ratio juris facit, ut ex contractu actio nasci queat, adeoque ad subsidiariam præscriptis verbis actionem sit recurrendum.

Illud denique satis liquidum videtur, quod lit. I. salarium actione contraria peti posse negat, cum depositum sit gratuitum: & Bald. quem malè pro dissent. citat, quod sequester mercedem custodiç accipere possit, rectè affirmat, sed eam actione sequestri exigi posse non dicit: quamvis si salarium promissum proponatur, res dubitatione omni non careat, de quo agetur disp. seq. th. 1. lit. E.

Ad

DISPUTATION. XXVII.

DE MANDATO ET SOCIETATE.

THESIS I.

LIT. A.

IN definitione mandati superfluæ sunt differentiæ *Iuris gent. bona fidei, & ex consensu:* quoniam hæc omnia generi insunt: & rectius fortassis & accuratius quis dixerit, mandatum esse contractum, quo quis aliud alicui gratuito expediendum cōmittit: vel respectu mādatarij, quo quis aliquid sibi commissum, gratuito expediendum suscipit. Suo tamen quodam modo, mandatum, contra quam putare videtur Tr. lit. B. officium dici potest, cum ipse Tr. hac thes. lit. E. hanc conventionem ex officio natam esse scribat. Subjicit porro ead. lit. B. multo minus excusari, qui mandatum principis definiunt &c. Atqui hoc cum præced. sive mandatum contractus sive officium dicatur, nullam planè habet connexionem, neq; adeo fatui fuerunt Dd. citati, ut mandato juxta hanc tractationem accepto definitionem istam accommodarent. Est alioquin illa mandati principis definitio, & generis & differentiæ ratione vitiosa.

Ei quod mandatum bonæ fidei esse dixerat Tr. objicit in exegesi, quod mandati fines stricte sint custodiendi. Quæ objectio nullius momenti esse videtur, quoniam non isto, sed diverso plane respectu in usu juris contractus bonæ fidei & stricti iuris esse dicuntur, non quod eorum limites observandi sint vel non, sed quod bonæ fidei contractus præstationem usurarum & fructuum admittant, & etiam quæ nec verbis contractus, nec formula comprehens. expresse sunt, in iis tamen veniant & admittant, *infra de oblig. & consens. in fin. l. 99. de V. O. iuncto § 30. inf. d. action.*

LIT. E.

Ait, honorarium non vitiare contractum, quia autem huic contractui id necessario non insit, ideo ex eo honorarij promissi exactionem non esse. In quo dupliciter peccat, quod ait, huic contractui necessario non inesse, cum tamen plane non insit, & mandatum gratuitum sit, ut ipse definit & est *in §. ult Instit. h. titul.* 2. quod infert, quia non insit, ideo non esse exactionem salarij promissi: quia ut aliquid non insit, stipulatione tamen comprehendi potest, imo hic stipulationum usus est, ut partibus plenius caveatur: nisi ex verbis, *ex eo,* colligas quod Tr. de actiōe ipsius contractus mandati loquatur: & tamen nec sic excusatur Tr. quod etiam per pacta adjecta cōtractus natura & informari & ampliari possit. Et hoc ipsum agnoscit Tr. dum statim subiicit sententiam eorum, qui admittunt exactionem honorarii, verā esse si pacto in continente adiecto de eo cōvenerit. Quibus verbis nō animadverto, quomodo non priorem suam sententiam, qua promissi honorarii exactionem negavit, destruat quoniam cum Tr. non possit accipi de pacto ex intervallo adiecto, per quod actionem contractus formari & ampliari non posse constat, utique de qua re pacto in continenti adiecto conventum est, id utique promissum esse oportet. Sed quod rem ipsam attinet, de duobus hic dubitatur, an mandatario salarium promissum peti, & qua actione peti possit. Et si

stipulatio interposita & certum promissum sit, res expedita est: sed extra istum casum ita definit Tr. quod aut promissum est incertum, aliquid salarii nomine, & nulla petitio datur: an certum aliquid, & etiam actione mandati, si pactum incontinenti fuerit adjectum peti illud posse, existimat. Verum nec plena satis ista distinctio, & utrumque hoc quod proponit, dubium est: & ut à posteriori incipiamus, non esse locum actioni mandati videtur probari primo, quod ita in causam locati res abire videatur *arg. §. ult. Inst. h.t.* Ubi tamen responderi potest, aliud esse mercedem, quæ pro exæquatione & compensatione operæ constituatur, & faciat esse locationem: aliud honorarium, quod ex gratitudine remunerationis causa promittitur: quam differentiam mercedis & honorarii tradunt *Dd. gloss. Angel. & Joh. Fab in § ult. h.t.* adjecta etiam hæc, quod locatio & merces dicatur de factis locari solitis, honorarium de factis locari non solitis, de qua distinctione factorum agetur infra *disp. 29. th. 1.* Deinde non dari actionem mandati probatur *ex l. 1. C. hoc tit.* ubi salarium promissum dicitur pertinere ad cognitionem prætoris, id est, juxta rationem juris antiqui, petendum esse extra ordinem: Quoniam ita dum prætor extra ordinem cognoscere dicebatur, cognitiones prætoriæ & actiones inter se opponebantur, quo pertinet *l. 1. §. 2. de rei vind.* in eoque ignorantia veteris juris lapsi sunt *Bald. Castrens. & alii in d. l. 1. C. h. t.* ubi notant cautè ibi loquutos Imperatores, quod non simpliciter, sed causa prius cognita salarium promissum debeat decerni. Dixerit forte quis ita distinguendum, ut nomine quidem honorarii solius ex adjecto pacto mandati agi non possit cæterum ubi aliâs propter sumptus vel alias causas actio contraria locum habet, eam quoque ita informari extendi pacto isto posse, ut honorarium tanquam consectarium quoddam in illam veniat. Verum hæc sententia probanda non videtur: vel quod jus exigendi honorarium non debet pendere ab accidenti, vel quod quibus casibus pactum adjectum contractui inest, ita inesse intelligitur, ut etiam solum illud quod pacto continetur persequi liceat. Si sententiam Treutler. sequimur, duplex responsio dari posse videtur ad *dict. leg. 1. C. h. tit.* altera quod *dict. leg. 1.* sit accipienda de casu quo pactum in continenti adjectum non fuit: etenim ut locus sit cognitioni prætoriæ, quæcunque promissio sufficit, quod cognitio illa non descendat ex obligatione: Altera quod aut talis sit persona quæ gratis & aliâs id factura fuisset, aut quæ non nisi pro mercede vel salario: ut hoc quidem casu pro qualitate factorum aliarumve circumstantiarum actione aut locati aut præscriptis verbis, aut extra ordinem, illo vero si pactum in continenti adjectum fuerit etiam actione mandati salarium peti possit. Quæ distinctio in terminis proponitur *à Bald. in dict. leg. 1. C. hoc tit.* ubi ita supplet Gloss. quæ ad eand. *leg. 1.* simpliciter in casu pacti adjecti actionem mandati concedit: ut hinc appareat, sententiam illam, quæ in terminis jam positis actionem mandati pro salario concedit, à Dd. antiquis probari: pro qua duplex hæc ratio etiam afferri potest. 1. quod si actio depositi pacta ita informari potest, ut usuras ea persequi liceat, quod tamen magis adversatur naturæ depositi *l. 24. & leg. 26 §. 1. depositi* etiam videtur informari posse actio mandati per pactum de præstando salario, 2. *ex leg. 6. in princ. h. t.* ubi dicitur si remunerandi gratia honor intervenerit, esse mandati actionem. Attamen ad posterius hoc responsio facilis est, quod hæc videatur ICti sententia, non transformari hoc casu mandatum, quod aliud honorarium sit aliud merces: quod autem honorarium ipsa mandati actione peti posset, inde probari non videtur, vel *arg sequent leg. 7 eod.* ubi sicut *in leg. 1. C. eod.* salarium constitutum extraordinem peti proponitur. Difficilius responderi potest ad prius, & hoc fortassis, quod facilius pacto informari potest actio directa quam contraria, quæ non ex natura contractus, qui principaliter mandantem respicit, sed quasi ex accidenti venit: vel etiam hoc, quod necessitatis quasi ratio suasit actionem depositi concedi, quod aliâs contra conventionis æquitatem usuræ peti non possent hic autem procuratori vel mandatario alia ratione & persequutione extraordinaria est consultum: & notatum est supra *disputat. 6. Thes. 10. ex leg. 7 §. adeo. in prin. d. pact.* ea pacta adjecta inesse, quæ sunt secundum naturam contractus, cujusmodi pactum salarii in mandato quod gratuitum est, non videtur: notatum & disputat. præced. Thes. 6. depositum illud ex quo usuræ petuntur esse plane irregulare, & ferè nomine tenus à mutuo diversum: ut proinde quod circa illud constitutum est, ad consequentias non videantur extendendum. Et hæc de altero illo, quod ex Treutler. proponebamus.

bamus, salarium actione mandati peti posse. Alterum erat Treutler. pronuntiatum, si incertum quid nomine salarii vel honorarii promissum sit, id ne quidem extra ordinem exigi posse. Rationem subjicit Treutler. quod non magis hic aliquid peti possit, quam ex incerta stipulatione, puta ædium vel fundi: quod sicut hoc casu ideo nulla sit stipulatio, quod rem minimam dando liberari possit promissor, ita quoque in nostro hoc casu rem minimam posse præstari ab eo qui incertum salarium promisit, quin satis videri posse, si etiam animo gratum sese ostendat, & ita gratias ut loquuntur, agat, vel habeat, licet non referat. Sed ne videamus ne hæc inter se sint dissimilia: vel quod alia ordinaria alia petitionis extra ordinem ratio est, vel quod stipulationem fundi conditio objecti inutilem facit. opera autem procuratoris à magistratu æstimari potest; & cum propter operam præstandam aliquid promissum sit, non potest solo animo grato promissioni satisfieri (cæterũ quo ad ædes non satis cautè earum stipulationem cum fundo conjungit Treutl. quia promissio ædium utilis est, si promissor habet ædes *argum leg* 71. *in pr. dist. legat.* 1. de quo alibi,) Et in terminis contra Treutl. facit *leg.* 1. §. 10. *d extraord. cognition.* ex qua salarium utcunque nullum promissum sit, extra ordinem peti posse probatur, tantum abest, ut ille locus, de incerto salario explicari possit, facit *leg.* 13. §. 9. *C. de judic.* Neque obstat *leg.* 17. *C. th. t. l.* 56. §. *pen. D. eod.* vel quia illa loca de actione ex stipulatu vel mandati explicari possunt, vel potius quia distinguendum est inter eos qui familiaritatis gratia operam præstant, & aliàs etiam citra ullum salarium facturi erant, & inter eos qui tanquam ordinarii procuratores, v. c. in foro officium hoc tanquam artificium quoddam exercebant, & qui cum salarium nulla etiam præcedente promissione petere poterant, multo magis poterant qualicunque etiam promissione præcedente: quæ distinctio in terminis traditur *à Baldo in leg.* 1. *C. hoc tit.* ubi ita supplet gloss. quæ ibidem simpliciter negat actionem.

Ut aliquid summatim dicam, quæstionis, an pro facto & opera præstita aliquid & qua actione peti possit, decisio pendet, ex qualitate contractus facti & personæ: contractus vel sunt mercenarii vel gratuiti: facta vel sunt locari solita vel non, & hoc vel quia sunt honoratiora, vel quia ex illis nulla ad alium utilitas pertinet, personæ vel ex conditione sua aliquid pro opera sperant, vel familiaritatis gratia operam præstant. Contractibus gratuitis inest conventio de aliquo accipiendo vel tacita vel expressa, & hæc vel de incerto vel certo: & hic si factum sit locari solitum & promissa pecunia, in locationem §. *ult. Instit. mandati,* aliàs in contractum facio ut des negotium transfir: quod idem obtinet si incertum promissum, & factum non locari solitum sit *leg.* 5. §. 2. *d. præscript. verb.* ex quo colligi potest idem esse si ex facto utilitas ad alium non pervenerit, alteri tamen aliquid absit: quod si enim factum sit honorarium, extra ordinem promissum petitur *leg.* 7. *hoc tit. & leg.* 1. *C. eod.* Quod si nihil omninò conventum sit, nihil etiam peti potest, nisi aliud suadeat conditio & qualitas personæ, quæ propter officium aut artificium quod exercet commodi & lucri causa operam præstare intelligitur, quam appello conventionem tacitam: idque accidit in artifice, advocato & procuratore extraordinario *arg. l.* 22. *de præscr. verb. l.* 1. §. 1. *&* 10. *& l.* 4 *de extraord. cognit.*

Quorum operam olim.] Ex jam dictis consequitur, verum non videri, quod Treut. hic simpliciter affirmat: quoniam hoc falsum est in iis qui quasi mercenariam in foro & ordinariam navabant operam, qui licet mercedem certam non stipularentur, tamen post operam præstitam salarium petere poterant, super quo ipsis extra ordinem jus dicebatur: & jam ostendimus falsum esse, quod Treutle. in specie *d.* §. 10. salarium certum promissum fuisse respondet, cum præsertim ita ad pactum nudum ille locus esset restringendus, quod aliàs ex stipulatu vel actione mandati pacto informata uti licere ipse statuit Treutl.

Lit. F. & G.

Non satis animadverto, quamobrem hic contractus potius à mandatario quam à mandante appellatus videri debebat. Cæterum quod lit. G. ait, sub fidejussoris nomine mandatorem contineri, non probatur ex cit. *l.* 6. §. 2. *h. t.* & tritissimum est, quod fidejussio fiat per stipulationem: & sententiam illam ipse quasi destruit Tr. dum differentias utriusque proponit, quæ utique fidejussori juxta Treut. propositionem in genere sumto non possunt accommodari: alioquin differentiam illam, quod mandatum antecedat non evertit, quod in eandem sententiam de fidejussore responsum est *in* §. 3. *Inst. d. fidejussor.* quia

fidejussio hoc modo fit sub conditione tacita & interim in pendenti est *l. 35. d. judiciu l. 57. d. fidejuss.* Non obstat etiam quod ratihabitio mandatum dicitur. Vel quia propriè non est, vel quatenus est, fictione juris retrotrahitur.

THESIS II.

Lit. A.

Paulo confusius hic agitur de duab quodammodo diversis mandati speciebus, quarum altera causam propriam, altera magis respicit causam alienam, veluti si quis tertio pecuniam credi mandet: ad quem demum casum mandator autor fieri, & periculum in se suscipere dicitur, ut lit. A loquitur Tr. & qua demum mandati specie mulier cum effectu non obligatur: quæ malè conjungitur cum furioso, cum præsertim multis casibus mulier Velleiano non juvetur.

Si filiusfam. vel servus.] Affirmat, quod si servus de rebus domini aliquid mandet vel de peculiaribus, quod actio in dominum detur. Atqui actio in solidum dari non poterit, & quod actionem de peculio attinet, nihil hic est singulare. Quinimò magis existimo, quod servus extra causam peculii mandat, eo nomine nullo modo dominum obligari, nec actione quidem de peculio conveniri posse, per ipsam cit. *l. 33. in princ. d. procurator. & l. 3. §. 5. d. pecul.* neque enim puto quod *d.* § 5. restringi debeat ad eum casum, quo servus alicui pecuniam credi mandavit: neq; permittendum, ut servus extra causam peculiarem vel peculium non habens domini conditionem possit facere deteriorem: cæterum peculiaris negotii alia ratio est, quod concessione peculii, dominus tacitè facultatem contrahendi servo fecisse intelligitur *argum. l. 1. §. 5. d. acquir. poss.* unde æquitas actionis de peculio descendit, quæ extra illum casum nulla est.

Deportatum vel excommunicatum.] Hos affirmat mandare non posse. Ubi primò non rectè duos istos conjungere, & in utroque idem hac in re jus statuere videtur: quoniam excommunicatio pœna est spiritualis nec bona nec adeò jus contrahendi adimens; licet canones eum in judicio per se comparere nolint *cap. intelleximus. d. judic.* ex quo ipso eum mandare posse consequitur. Deinde, quod ad deportatum attinet, eum contra quam putat Tr. mandare posse probatur tum arg. textus generalis *in l. 17. §. 1. de pæn.* tum speciali textu *in l. 14. §. 13. d. interdict. & relegat.* ubi dicitur quod deportatus teneatur utilibus actionibus, ut consequenter etiam ab eo moveri eas posse statuendum sit: licet hoc loco magis de procuratore ad negotia tractetur, ut proinde non rectè Treutl. quasi limitationis loco quorundam sententiam subjiciat, qui deportatum ad negotia mandare posse statuunt. Quorum aliás sententia contra Tr. verissima est, & præter jam dicta probatur *ex l. 15. d. interdict. & relegat.* Et vitiosa est Treut. ratio quod deportatus etiam post sententiam omnia fisco acquirat: quoniam id hactenus verum est, ut mortuo deportato succedat fiscus *l. 2. C. de bon. proscript. l. 15. d. interd. & relegat.* statim autem fiscum bona illa non sequuntur, sed interim deportatus dum vivit, eorum administrator est, & quod citra fraudem fisci fiat, super iis contrahendi habet facultatem. Et porrò igitur vitiosè cum Cujacio *l. 22. §. 5. mandati* explicat de relegato: siquidem relegatorũ bona irregulariter & ferè contra rationem juris publicantur *argum. l. 5. d. interd. & relegat. & in d. §. 5.* bona post quæsita negantur sequi fiscum comparativè & oppositivè ad ea bona quæ fuerunt tempore deportationis, quæ statim ad fiscum transeunt, illa verò demum mortuo deportato juxta *dict. l. 13.* quæ confirmantur ex collatione *l. 14. § ult. d. tit cum d. l. 22. §. 5. h. t.* in quarum utraque de jure contrahendi & utilibus actionibus JCti respondent.

Lit. B.

Etiam mulier] Ait etiam mulierem mandatum suscipere posse, modo ei non mandetur virile negotium. Equidem officia virilia objectum mandati non sunt: nihil autem aliud voluit dicere Tr. quomodo etiam loqui debuit, mulierem rectè suscipere mandatum, nisi incidat in causam & speciem intercessionis: quo tamen etiam casu ipso jure mandatum valet, sed mulier læsa exceptione defenditur. Cæterum, quod intercessio revera civile aut virile officium non sit, ostensum est *disp. 25.*

Non servus ne quidem si bona fide serviat.] Impropriè loquitur, pro eo quod dicere debuit, nec liber homo qui bona fide serviat. Videtur autem hic esse quædam captatio verborum: siquidem etiam servus mandatum suscipere potest sed actione mandati nec ipse tenetur, nec dominum de peculio obligare potest. Quod attinet ad compositionem *l. 19. §. 2. d. negot. gest. cum l. 13.* § 2.

§. 2. commodati, dictum de ea ad *disp.* 10. *th.* 4. quo ipse Tr. se remitit.

LIT. D.

Affirmat hic, si plures in se mandatum susceperint, singulos in solidum teneri, & quidem contra glossam indistinctè, etiamsi unus tantum gesserit. Verum utcunque jure deficeremur, attamen sententia gloss. quæ in casu isto prius eum conveniri vult qui gessit, manifesta nititur æquitate, & confirmatur exemplo tutorum plurium, qui inter se administrationem diviserunt *l. ultim. Cod. de dividen. tutel.* licet enim mandatarii voluntarium, attamen gratuitum officium, imò beneficium amico præstant. Et eam gloss. sententiam malè à Treutl. citatus Salicetus perspicuè probat: ut fortassis gloss. sententiam malè videatur cepisse Treut. quasi vellet, etiamsi plures gesserint, singulos pro partibus suis esse conveniendos. Illud perspicuum est, quod unius solutione cæteri liberentur: vel quia ulterius non interest mandantis, vel quia hæc est natura omnium ex quacunque causa constitutorum correorum, ut una tantum sit obligatio, quæ a deo facto unius correi, sive credendi sive debendi tollitur & consumitur tota §. 1. *Instit. d. duob. reu. l. 2. D. eod.*

THESIS III.

LIT. A. & B.

Facta sive res futura.] Minus propriè dicuntur mandari res, quia omne mandatum est de faciendo, juxta definitionem ipsius Treutler. *th.* 1. propositam. Et *in l. 6. §. 3. h. t.* mandatum rei turpis dicitur, quatenus in factum objectum turpe incurrit: & in thesibus proprietati verborum studendum est, cum præsertim Tr. facta rebus opponat, neque hæc duo, quæ sub diversis proponit literis, pro iisdem habuisse videri potest.

Quod tamen ita rectè limitatur.] Quod dixerat mandari res futuras, ita limitandum ait, ut si ratum habeat cujus negotium geritur, de cætero mandet, teneatur actione contraria mandati etiam quoad præteritum. Quæ limitatio minus concinnè & obscurè proponi videtur: cum hoc Treutl. dicere voluerit, quod aliquando mandatum subsequens faciat, ut etiam præteritorum nomine actio detur, si ita habita, & porrò negotia gerenda fuerint mandata. Verum 1. non video, cur tantum actionis contrariæ fecerit mentionem, siquidem directa actio non tantum ad implendum mandatum, sed etiam ad rationes reddendas datur. Deinde simpliciter verum est, mandatum esse de futuris, & ratihabitio aut mandatum non est, aut eatenus pro mandato habetur, quatenus fictione juris retrotrahitur & retro currit. Tertio ad id, ut nomine præteritorum quæ rata habita sunt, mandati agi possit, non necessum est de cætero in futurum mandatum aliquid esse: quod sola ratihabitio actionem mandati inducere sufficiens sit, si modo meo nomine & mea contemplatione negotium gestum proponatur: quod aliàs rarò etiam post rati habitionem neg. gest. sit agendum, de quo supra *disput.* 10. Neque obstat *lege* 56. *de judiciis* quoniam alia contractuum alia judiciorum ratio est, in quæ nemo citra mandatum actionem rectè deducit, eoque cum judicium nullum sit, nihil etiam est quo eo finito ratum habeatur argument. *leg.* 24. *Cod. de procurat.*

Sed an de re incerta.] Quæritur hic, an mandatum rei incertæ valeat. Et aut simpliciter est res incerta, veluti de emendo aliquam rem, & procul dubio, utcunque pretium certum sit, mandatum inutile est, aut quodammodo certa est, sed incertam habet determinationem veluti fundus, de quo casu agit citatus Salicet. quod exprimere debebat Treutl. & in hoc admitti potest sententia Saliceti, valere mandatum, si pretium sit certum: quod ex hujus quantitate fundi intelligi possit, neque adeò emtione minimæ partis fundi, quæ fundus etiam dicitur satisfiat mandato. Et hunc casum non rectè omisit Tr. nam si res certa sit & determinata, utcunq; nullum expressum pretium, valere mandatum minus dubium est, quod quanti communiter vendi & emi solet mandatum intelligatur.

LIT. C.

Agit hic de explicatione *leg. 6. §. ult. h. t.* & improbat sententiam Hottomanni (qui 5. *observat.* 10. adjecta negatione legit, *& non quasi redemptor litis extitisset*) ex hac ratione, quod Ulpianus non tradat, quod sibi de jure, sed quid de facto & voluntate Marii Pauli videatur. Quam rationem ego non satis capio, siquidem JCti jus applicare facto, & super hoc consulti de jure soleant respondere: & omnino Ulpianus *d. loco* proposita specie facti, quid secundum jus respondendum videatur satis perspicuè proponit. Videtur aliàs vulgata lectio tolerari posse: vel quia utique quædam quasi redemptio litis est,

est, licet non expressa, quod sub alterius nomine Marius Paulus sibi caveri fecerat, vel quia fortassis non omnis omninò redemtio litis simpliciter prohibita videtur. Planè redemptionem illam litis Ulpiano visam fuisse, satis apparet, & omninò evincunt verba sequentia, *quia mercede pacta accesserat ad talem redemtionem* quæ Hottomanus non videtur satis advertisse.

LIT. E.

Quæ hic de definitione tractantur proponenda erant sub. *thes.* 1. Verum aliàs est, non omnia ponenda esse in definitione: qua tamen in re sæpe peccat ipse Tr. dum differentias generis ponit in definitione specierum, & in ipsa definitione, mandati hoc modo peccavit, ut notatum *d. th.* 1. Cæterum cum definitiones accuratæ sint rationes, & descriptiones melius & magis perspicue naturam rei exponant, in terminis propositis non valde peccaverit qui tale quid, quo objectum mandati ad rem honestam restringatur, definitioni inserat.

LIT. G

Quæstio hic proponitur, an qui mandat vulnerari, sequuto homicidio teneatur de occiso. Illud constat, nullam hic contrahi obligationem mandati, ita ut nec qui suscipit ad implendum ullo modo directa, nec qui mandavit ullo modo contraria actione conveniri possit. Itaque liquidissimum est, quod lit. F. Tr. receptum esse, ut si mandatarius delicti nomine pœnam præstiterit, eam à mandante recuperare nequeat: quoniam cum ex ratione juris nulla planè contrahatur obligatio, nulla actio esse potest, & adeo mandans non occasione mandati, ex quo obligatus non fuit, imo quod suscipiendo peccavit, sed propriæ culpæ & delicti pœnam præstat: neque adeo opus est confugere eo, quod lex nihil ipsius fingat interesse. Igitur hic non de obligatione mandati, sed de scelere & delicto quæritur ex quo juxta jam dicta mandatarius, sed ita appellandus est, omnimodo tenetur, tenetur & mandans, perinde ac si ipse delictum commisisset. *l. decimaquinta. §. primo. ad L. Cornel. d. Sicar. l. undecima. §. tertio. d. injur. l. 5. C. de accusat. l. 5. Cod. si reus vel accusat. mort.* Jam ut ad propositum revertamur, de quæstione ita sentit Tr. eam jure Canonico affirmandam, sed jure civili negandam; Utrumque dubium videtur: & quod ad jus Canonicum attinet Tr. affirmatio fundatur tantum *c. ult. de homicid. in 6.* quod tamen, ut ex qualitate pœnæ colligitur tantum ad clericos, quos Canones volunt esse magis inculpatos, pertinere videtur: sed & quod irregularem effici ait mandantem, non protinus inde sequitur, eandem pœnam utrumque manere: multo minus ex eo, quod ait, eum cogitare debuisse, quod tale quid sequi potuerit: quoniam hoc non tam dolo, quam culpæ, cujus etiam disertè *in d. cap.* mentio fit, adscribendum videtur: cum etiam lata culpa in criminalibus dolo non comparetur, nec exæquetur: cum insuper *in d. c.* agatur de eo, qui expresse inhibuit, ne alter occideretur. Possit tamen fortassis videri cum Jura Canonica mortis pœnam non irrogent, hactenus eadem pœna utrumque teneri, quod cum ex Iure Canon. irregularitas maxima pœna clericorum esse videatur, hac pœna ille quoque dignus sit, qui tale quid mandavit: ut tamen inde eandem culpam & idem delictum utriusque esse minime consequatur: quod inde confirmatur, quia ex *dict. cap.* etiam qui tantum verberari mandavit efficiatur irregularis: ex quo omnino consequitur, pœnam illam morti adæquatam non esse. Quod ad jus civile attinet contra Tr. mandantem de occiso teneri, commode defendi potest 1. ex oratione ICti *in l. 48. § 5. d. pœn.* quod scilicet hæc res sit mali exempli, 2. argum. *l. 15. ad L. Cornel. d. sicar.* quia mandans utique præbet causam mortis, præsertim cum non possint vulnera infligi ad mensuram, & locus sæpe letale vulnus faciat, & declinatione aut inflexione corporis facile contingat, ut ictus accidat gravior, 3. quia mandatarius utique de occiso tenetur: eadem autem in delictis mandantis & mandatarii ratio est; & quæ pro mandante afferuntur, quod desit animus occidendi, eadem faciunt pro mandatario: & contra quæ contra hunc, etiam contra illum: & cum mandans teneatur, ut ipse mandatarius, utique si quis licet vulnerandi tantum animo verberans aliquem occidat, L. Cornelia tenebitur, quia sufficiet adesse animum malitiosum ad id, ex quo proxime mors sequitur: ut non obstet *l. prima, §. tertio, de sicar.* quia loquitur de eo, qui in rixa instrumento tali, quo occidi homines non solent, percussit, & ita casu quodam occidit. Neque facit pro Tr. quod vulgo tradi solet, mandati fines præcise esse custodiẽdos adeoq; mandatariũ eos excedere non debuisse, & quia excessit, mandanti hoc imputari non debere: quia Resp. 1. non fuisse in potestate mandatarii fines mandati custodiri, eoque quæ ex mandato sequuta sunt, omnia mandanti esse imputanda: ex

quo

quo probabilis potest videri eorum distinctio, quam improbat Treut. an mandatarius aliàs fuisset facturus, necne: quia si hic non quod alius jussit, sed propria ira vel odio occidit, ipse non mandatarii, sed principalis habet rationem. 2. Resp. mandatum in contractibus cum mandato in delictis comparari non posse: quia in illis mandans non obligatur ex eo, quod mandatarius gessit, sed hic perinde cum mandatario obligatur, quia proprie & vere hic mandatum non est: & consequenter perinde obligatur mandans, atque si ipse fecisset: & proinde si mandatarius de occiso tenetur, qui ex jussu deliquit, tenebitur etiam mandans: & plane si mandantem defendamus ex eo, quod careat animo occidendi, ex ead. ratione mandatarium, qui jussum ejus sequutus est, excusabimus, siquidem ex vulnere præter opinionem mandatarii, gravius vel alio loco inflicto, mors fuerit subsequuta: ideoque si tantum flagellis vel alapis aut baculis cędi aliquis jusserit, quoniam hic intra terminos se continere potest mandatarius, occisio non erit imputanda mandanti. Et hoc casu extra ordinem puniri mandantem notat ex doctoribus *Menoch.d. arbitrar.cas.352*. Et hæc sententia defendi potest, etiam si quis, juxta *c.ul.* inhibuerit, ne alter occidatur: tum quia res mali exempli est, tam quia modum præscriptum servare in potestate mendatarii non est.

Sed si primo.] Ait si quis occisus sit à famulo, humanius esse, ne præsumatur intercessisse mandatum domini. Imo non tantum æquitati, sed juri id convenire existimo: quoniam quod actionem leg. Corn ad quam hæc quæstio pertinet, ei locus non est, nisi mandatum intercessisse liquidissime fuerit probatum. Enimvero mandatum hoc delictum cum sit, præsumi non potest, maxime cum Tr. loquatur de famulis hodiernis, liberis hominibus: licet & in servis idem dicendum putarim, vel quod generale est, ejusmodi atrocia non præsumi mandata, vel quoniam servi ejusmodi jussis parere non tenentur, & si pareant, non excusantur. Tanto minus dubitandum, est idem obtinere in amico, cujus etiam hic Tr. mentionem facit, nec satis bene eam cum famulo conjungit.

THESIS IX.

LIT. A.

Alieniore loco hic de actibus legitimis tractat, & in eorum definitione loco generis ponit legis actiones. Verum cum Cujac. plane hic sentio, inverso modo se rem habere, & actus legitimos latius patere quam legis actiones, videl. secundum usum juris nostri, quo hoc verbum actionum legis tantum voluntariæ jurisdictionibus actibus tribui videtur, cujus rei ratio exposita est supra *disp.2.th.4.inf.* Et defendi potest contra Tr. vocationem in jus, litis contestationem, actus legitimos esse, quod præsertim ex ratione juris antiqui, certis quibusdam formulis peragebantur.

Est igitur actuum legitimorum genus vitiosum est: nec minus vitiosa differentia, quod sint expediendi coram illo, cui id specialiter à lege indulgetur. Hoc n. exemplis & speciebus actuum legitimorum, quos *ex l.77.de reg.iur.* ipse Tr. refert perspicue refutatur: siquidem nihil necesse est, ut acceptilatio, aditio hæreditatis, servi optio & quævis mancipatio coram judice vel magistratu peragantur, non satis bene coram ipso fieri dicitur. Cæterum pro mancipatione, cujus mentio *in d.l.77.* quæ res mancipi optiii o jure transferebantur, de prolixe Revardus *ad L. L. XII.tabb. c.16.* non recte Treut. substituit *emancipationem*, quæ in specie est legis actio, & fit coram magistratu, cujusmodi etiam est adoptio, cujus nulla *in d.l.77.* mentio est: ut adeo appareat à Treut. ea quæ omnino distinguenda erant, non recte confusim tractari.

Quod vero.] Proponitur explicatio *l. nemo* 123 (in vulgatis est *l.165.*) *d. reg. iur.* quam Tr. dicit pertinere ad subtilitatem iuris veteris, quo actio uni quæsita non nisi per cessionem in alium poterat transferri. Verbum 1. phrasis hæc vel propositio: nemo alieno nomine lege agere potest, non recte videtur explicari per hanc propositionem: nemo actionem alteri quæsitam, nisi per cessionem in se translatam in judicio movere potest. Sed & nec iure pandectarum citra quandam cessionem, actio in alium quocunque modo transferri potest: neque *in d. l.123.* ullius accessionis mentio fit, & quicunque ut procurator actionem intentat, alieno nomine utique agit. Quod si Tr. de speciali cessionis genere quæ in iure fiebat, & per quam totum ius à cedente abibat, accipias, eo casu non alieno, sed proprio nomine agebatur. Et hinc nec fieri potest *ad d.l.* 123. explicatio Decii non posse agi citra mandatum: quia nec de hoc ulla dubitandi ratio esse potest, & qui etiam ex mandato agit, alieno nomine agit. Non etiam probo *Hottoman. 1. amicabil. respons.30.* ubi itidem dictum locum refert

fert ad jus priscum, quo nisi paucis casibus alieno nomine agere licebat *tot. titul. institution. de his per quos agere*. Etenim improbabile est, quod Ulpianus de jure jam pridem obsoleto responderit, & magis quod illud hoc sensu Tribonianus in Pandectas retulerit. Verius est, legis actiones in specie *d. l. 123.* intelligendas esse de actibus jurisdictionis voluntariæ, quæ per procuratorem expediri non poterant: quomodo usurpantur in *leg. prima. C. de adoption. l. 4. D. eod. l. tertia. d. offic. proconsf. leg. 1. de offic. Iuridici*, de quo actum supra disp. 2. thes. 4. Quibus consequens est, male ab Hottomann, & Tr. *d. l. 123.* referri ad querelam inofficiosi: & est revera jejuna ista & inanis conjectura, quæ sumitur ab inscriptione & collatione paucarum aliquot legum: & alias etiam § 1. *d. l. 123.* ad materiam querelæ referendus esset: & quod index Labitti ostendit *lib. 4.* ad Edictum Ulpianus (est enim apud Tr. error Typograph.) de aliis etiam materiis tractavit.

LIT. B.

Quæ hic de ea aditione hæreditatis proponuntur, an per procuratorem fieri possit, remittimus ad partem 2. disp. 12. Quod autem obiter Treutl. *in l. actus. 77. d. R. I.* probat lectionem Florentinam affirmativuam, ex eo dubium fit, quod inconcinne & incommode dicitur: actus legitimos qui recipiunt diem per diei adjectionem vitari: cum in usu juris simul & proprietate verbi, idem sit recipere diem, quod admittere diem, & pati, ut adjiciatur dies. Et lectionem vulgatā negativā exempla subjecta suadent, quę diei aut conditionis adjectionem non admittunt. Quo posito falsum erit, quod tradi solet, nullos actus legitimos recipere diem & conditionem: sed quosdam esse, qui diem & conditionem admittant: quo admisso tanto verius erit, quod de latiori significatu actuum legitimorum paulo ante dictum fuit. Cætera sub lit. C. D. E. propriis locis tractantur, & jam ista minus distincte à Tr. tractari admonuimus.

LIT. F. & G.

Lit. F. attingitur aliquid de lectione *l. 13. d. acceptila* in qua sane expeditius & commodius legeretur, sine novatione: vel quia nihil alias sine mandato fieri potest, vel quia, ut procurator accepto ferre possit, non sufficit mandatum, cum acceptilatio sit actus legitimus, sed per novationem prius obligationem, transfusam esse oportet. Neque citra explicationem tolerari potest vulgata lectio, ut scilicet per consequentiam etiam hoc, ut prius novatio fiat, mandatum intelligatur. Quod ad optionem servi attinet, speciale videtur in ea, quæ testamento data est per *l. 77. d. reg. iur.* cui sententiæ omnino nulliter objicitur *l. pen d. opt. legat.* quippe in qua expresse matri jus eligendi & optandi concessum proponitur.

THESIS V.

Serius hic proponit divisionem mandati, quæ tractioni de personis & rebus præmittenda erat. Et initio quoque thesis otiosa videtur vox, *itaque*, quoniam diverso proposita ex præcedentibus non infertur.

LIT. B. & C.

Diviso in mandatum generale & speciale certo jure probatur: sed de illius sub divisione videndum est, quod aliud sit cum libera aliud sine libera: quam communiterà Dd. probatam subdivisionem admittit etiam *Ant. Fab. in l. 58. d. procurat.* & videtur ea confirmari ex collatione *l. 63 d. procurat. cum l. 9. §. 4. d. acquir. rer. dom*: quæ non nisi remedio hujus distinctionis conciliari posse videntur. Et cum quæ speciali mandato opus habent, generali mandato contineantur, *l. 17. §. 16. de iniuriis l. 7. §. 1. quib. mod pign solvit. l. 24. d. minorib. l. 47. d. procurator. l. 25. §. d. acquir. hared.* ea tamen fere mandato generali cum libera contineri communiter tradunt Dd. Facit quod *in l. 53. de procurat.* procurator cum libera posse exigere dicitur, cum procur. generalis sine mandato iudicio cōparare nō possit: & tandem eodem modo administratio peculii in simplicē & liberam distingui videtur *ex l. 10. C. quod cum eo qui in aliena, &c.* Non deest tamen omnino, quod his respondeatur: & in primis verum non videtur, generali mandato cum libera omnia contineri, quæ ex mandato speciali expediri possunt: quia cum qualicunque posito mandato, procurator tamen sit & maneat, absurdum sit tantundem iuris, quod dominus habet, ipsi tribuere: neque dubium est, donandi quidlibet remittendi ius in specie recte mandari, quod tamen qualicunque generali mandato non continetur, *arg. l. 1 §. 1. qua res pign. oblig. & l. 17. §. quib. mod pign. solvit.* Porro adiecta distinctio administrationis peculii, dubia videtur: quia eadem de administratione peculii simpliciter dicta & ea.

& ea quæ libera appellatur, prædicari videntur *per l.3.§.ult.de pign.act.& l.41.§.1.de reivind.l.15.§.sed etsi d.divers.præscr.l.13.in fi.pr.d.cond.ind.iuncta l.48.in pr.& §.1 de pecul.in fi.de nov.l.28.& 2.d.pa.* ubi libera administratio, & simpliciter concessa pro eodem haberi videntur: quo *facit l.3.in fi. ad SCtum Macedonian.& l.8.§.5.quib.mod.pign.solvit l.filius fami.l.in prin. de don.* licet in contrarium moveat *l.7.§.1.in fi.de pecul.* ubi dicitur, liberam peculii administrationē specialiter esse concedendam nisi quis dixerit simplici concessione peculii nulla facta administrationis mentione, ius quoque administrandi concessum non esse: quod tamen contra videtur, cum frustra concedatur peculium, si omnis administratio sit ademta. Aliter responderi possit, quod *in d.l.7.§.1.de pecul.* concessio peculii opponitur, non ademptioni, id est, ubi dominus non adimit peculium: quia potest servus etiam citra concessionem aliquam specialem peculii, vel ex parsimonia sua, vel ex largitate aliorum peulium habere, quod recte peculio in specie à domino dato & concesso opponitur. Porro *l.58.* etiam de exactione extra iudiciali accipi potest: sed & ponendi sunt termini habiles in actione iudiciali, ad quam procurator generalis cum cautione rati admittitur *argum l.5.§.18.d.nov.oper.nuntiat.* sicut & responsum est de simplici procuratore omniū bonorum *in l.12 d.pact.* quod rem in judicium deducere possit. Quod denique attinet *ad l.9.§.4.de acquir.rerum dom.& §.nihil autem Inst.eod.* responderi potest. 1. restringenda illa loca esse ad alienationem rerum tempore periturarum, & quæ servando servari non possunt. 2. Sumi potest responsio à verbis, *ex negotiis*, ut intelligatur permissa non quævis alienatio: sed quam conditio negotiorū & administrationis ratio requirit 3. plus interdū videri potest inesse mandato generali ex verosimili mente mandantis, velut si mandauerit peregre profecturus, qui casus est *d.l.9.§.4.de acquir.rer.domin.* 4. dicendum est, quædam mandato generali semper & recta contineri, quædam aliquando in subsidiū, & in casu necessitatis. cuiusmodi sunt transigere iuramētū deferre paciscí: unde cōciliati possunt textus in speciē pugnantes *l.60.d.proc.& l.12.d.pact.iuncta l.17.§.2.& 3 de iureiur.* neque n. aliàs ius transigendi, iuramentum deferendi, aut paciscēdi procuratori concedi potest, q̄ ut id nec omnino gratuito nec super re liquida, sed omnib. aliis pbationib. deficientib. quo casu tantū tutori, qui potior procuratore est, hoc conceditur *l.45.d.iureiur.exerceat.* Quæ sane conciliatio & explicatio poti⁹ admittenda videtur, q̄ ut cum Cuiac. inter transact. decidēdi & diminuendi causa initā distinguamus, aut cum Dd. text. *in d.l.12.d.pact.& in l.17.§ 3.d.iureiur.* contra proprietatem verborum, quia simpliciter de procuratore omnium bonorum loquuntur ad procuratorē cum libera restringamus: de quo etiam supra *disput.7.thes.2.lit.C.* & adde *Duar.ad l.1.§.20.de acquir.possess.Dō 4.Comment.20.Vaud.lib.1.quæst.47. Pacium cent.2.cont.57.* illud plane admittendum est, formam mandati ita cōcipi posse, ut laxior & plenior potestas concessa intelligatur, ut in specie *l.creditor 60.§ ult.h.t* Porro *Salicet.in l.26 h t.n.2.* quem Tr. lit D. improbat in quæstione, an & quatenus mandatum morte finiatur, speciem mandati facit de subjecto ut loquitur, *universali*, videlicet si quis aliquem faciat institorem. quod licet proprie huc non pertineat, illud tamen verū est, quo ad quæstionem jam dictā, & alios effectus, specialem esse. hujus constitutionis & mandati naturā, de quo actum supra disput.24.th.7. Tacitū autem mandatū, de quo lit.E. ex citat. textib⁹ illud esse apparet, ubi quis pro aliquo præsente & patiente aliquid facit, quoniam ita patiens pro mandante habetur *arg.l.60.d.reg.iur.*

LIT. F.

Ait obligari eum ex mandato, qui epistolam accepit, neque ei contradixit. Contrarium verius existimo, quoniam hic consensu mutuo opus est, neque hac in re, ubi de obligando alio, & contra eum actione mandati quærenda tractatur, tacens habetur pro consentiente, quod tantum non diserte probat *l.8.§.invitus d.proc.* ubi pro invito haberi in hac materia dicitur, qui consensisse non probatur. Facit quod mandatum operam & factum alterius desiderat: & utcumque præsens & tacens pro consentiente haberi possint, aliud tamen est in absente, ad quem missa est epistola, qui vix vnquam si taceat, pro consentiētе haberi potest: cum & multa incidere possint & impedire, ne epistolæ respondeatur, nec quisquam respondere teneatur, & potius nō respondens pro recusante habendus videatur. Si tamen antea tractatio quædam præcesserit, aut aliæ circumstantiæ incurrāt, poterit in hypothesi sententiæ Treur. esse locus *adde not.sub.dist.6.d.pactis,th.1.lit.B.*

Lit. G.

Proponit in exegesi etiam illam speciem, quando tantum ipsius mandatarii causa sit mandatum. Non satis recte: quia cum ipso fatente hoc consilium potius sit, inter species mandati non recte infertur: sicut & à specieb. removerur *in pr. Inst. h. t. & in l. 2. in pr. D. eod.* Nec satis convenit, quod ipse subiicit, tum esse obligatorium, ubi alter alias id facturus non fuisset: quoniam consilium qua tale nunquam obligatorium est. Cæteroquin illa Tr. limitatio probatur *ex l. 6. §. 5. h. t.* cui obiicitur §. *tua tantum 6. Inst. eod.* ubi ait. Just. quemlibet explorare debere & posse, an sibi expediat consilium: cui consequens est damnum quod sensit, ipsum sibi imputare debere. Interesse videri potest, an alter forte jam præparatoria fecerit nec ne: vel potius distinguendum inter consilium simplex, & quod habet vim aliquam impulsivam, & per suasivam, quod terminos consilii excedere, & quodammodo speciem mandati habere videtur. Quod autem addit obiter hac lit. in delictis consilium semper obligare, minime simpliciter verum est, de quo agitur infra *part. 2. disp. 30. th 3. lit D.*

THESIS VI.

Lit. A.

Otiose & odiose repetit hanc controversiam tractatam sup disp 20. th. 3 an pecunia ex causa mandati debita pacto in mutuum converti possit: circa quod pugnantes sunt textus *in l. 15. de reb. cred. & in l. 34. D.* mandati, de quibus actum est disp. 20. Minus commode etiam tractatio ista cum modis, quibus mandatum solvitur, una eandemque th. coniungitur.

Lit B.

Ait in th. voluntate contraria solvi mandatum, si res adhuc sit integra. Quod aut ambigue, aut falso dici videtur: quoniam mandans, quod sit citra fraudem & detrimentum mandatarii, semper mandatum revocare potest, cum præsertim etiam ubi res amplius integra nō est, aliquando nihil mandatarii interesse possit. Cæterum videtur Treutl. existimare etiam mandatarium re integra libere posse renuntiare mandato, tum quia subiicit verbum *alterutrius*, tum quia rationem reddit, quod re integra nondum ceperit nostra. scilicet mandantium interesse. Et ista tamen sententia minime admittenda est, & omnino alia hic ratio mandantis, cuius solius utilitatem respicit hic contractus, alia mandatarii, qui officium susceptum, nisi iustissimas habeat causas, quæ proponuntur *in l. 8. §. ulti. cum ll. seqq. de procurat.* implere cogitur, & semper intelligitur interesse & revera interest mandantis, ut fiat id, de quo conventum est. Et ut hoc coniungamus, secundum hæc accipiendum est, quod ait hac th. lit. E. mandatum susceptum omnino esse implendum. Equidem mandatarius præcise ad implendum non tenetur, quia mandatum continent obligationem facti, in cuius locum id quod interest, succedit *l. 13 §. ult. de re iudi.* Secundum quod explicandus est *§. mandatum 11. h. t. & l. 22. §. ult. D eod.* ubi dicitur quod intempestiue renuncians, vel ex iniusta causa, teneatur actione mandati, videlicet non ad faciendum præcise: Sed ad interesse præstandum. Et istam differentiam inter contractum mandati, & alios contractus, licet non omnino in iisdem terminis notat *Ioh. Fab. in §. recte quoque 9. Inst. de mandati.*

Lit. C.

Alia causa, ex qua mandatum solvatur, hic proponitur: mors alterutrius. Et de mandatario quidem dubium non est, hactenus scil. ut mandatum implere hæredes eius nec debeant nec teneantur, licet eo nomine, quod à defuncto gestum est, dubio procul habeant actionem. Quod ad mandantem attinet, res dubio non caret, propter textus diversimode loquentes *in l. 12 §. ult. cum l. sequ h. t. & in l. ult. de solut.* quem textum posteriorem cujac. 1. *observ.* 38. corruptum & ita legendum existimat: ei qui mandato meo stipulatus est, post mortem meam recte solvitur &c. & statim: ei autem cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur. Sed Cujacio recte contradicit *Hottomann. 2. amicab. respons.* 38. & sane in prima specie legis, cur recte solvatur ei qui post mortem alterius sibi stipulatus est, ut recte habet vulgata lectio, perspicua ratio est, quod per stipulationem ipsi obligatio & jus quæsitum est, quod morte tertii auferri ipsi nequit, cum etiam constet, recte nos stipulari, ut post mortem tertii nobis aliquid detur *§. item post. 15. Institut. de inutil. stipulat.* idque est quod ait *Accurs. in d. l. ult. de solution.* ideo ei solvi posse, quod actionem habeat ex sua stipulatione. Sed & in posteriori specie cur non recte solvatur ei, cui jussi debitorem meum licet post mortem meam solvere, ut itidem vulgata habet lectio, in obscuro ratio non est, tam quod ex isto mandato tertio nullum jus quæsitum est, tum quod illa adjectio, *post mortem meam*, non mutat naturam mandati, cujus ista qualitas

& es-

& essentia est, ut mandatoris morte expiret. Verum posteriori huic sententiæ non parum obstat *l.12.§.ult.& l.seq.h.t.* ubi ex causa mandati post mortem eius qui mandavit collati, actio mandati esse dicitur. Contrarium hoc dutissimum & scabiosum appellat Salicet. *in d. l.13. h. tit.* ubi varias proponit distinctiones & conciliationes, & primo quod intersit, an mandatum finiri intersit hæredum nec ne, 2. quod intersit, an tale quid mandatum sit, quod post mortem demum potest aut debet sortiri effectum nec ne: quæ eadem responsio est *Hottom, 2. amicab. resp. 38.* ubi speciale ait esse in mandatis, quæ mortis causa injunguntur. 3. quod intersit, an mandatum directum post mortem sit implendum in persona tertij, an ipsi defuncto vel hæredi. 4. quod *in d. l. ult. de sol.* non intelligendum sit, quasi in genere per mortem solvatur mandatum, sed tantum quoad effectum, ut non recte solvatur. 5. quod *in d. l. ult.* verba, *post mortem meam*, non conjungantur cum infinitivo, *solvere*, sed cum verbo, *solvitur*: quæ sententia à gl. *in d. l. ult.* proposita, in effectu convenit cum sententia & lectione Cujac. Alius scrupulus est *ex l. & si quis 14. si cui de religios.* ubi in specie *l 12. §. ult. h.t.* videtur dari actio de dolo, quam cum actione mandati, utpote ordinaria non concurrere vulgo receptum est. Verum sup. ad disp. 11. thes. 6. ostensum est, actionis dolo cum alia actione famosa, qualis est mandati concursum defendi posse. Alias duas responsiones adfert Salicet. vel quod ibi data fuit pecunia pro funerando, quod repugnat naturæ mandati: vel quod de ejusmodi facto ibi tractatur, quod in vita mandantis ut expediatur, impossibile est. Mihi vero alius adhuc nō levis, quem tamen à nullo moveri video, occurrit scrupulus, quod ante Iustin. contra hæredes & ab hæredibus actionem incipere non potuisse constat: propter quam solam causam post mortem suam vel promissoris inutilis erat erat stipulatio *§. post mortem 12. Instit. de inutil. stipulat* Atquin in specie *l.13. h.t.* si quis mandaverit post mortem suam hæredib. emi fundum, non animadverto, quo modo non actio mandati incipiat ab hæredibus, quam in eo casu competere & Doctores admittunt omnes, & evincit cōnexio cum *l præceden. § ult* in quo cum actio mandati hæredibus dari dicatur, idē esse respondetur in casu l 13. Haud scio an forte *in dict. leg. 13.* verba, *post morte meam*, adjecerit Tribon. aut ex sententia Hottomanni speciale sit in mandato ad monumentum faciendum, siquidem textus ita restingi potest: aliud quod interim respondeam, non occurrit. Neque moveor quod *ex leg. 137. §. ult. in de verborum obligationibus.* ubi hoc communiter Dd. notant, probatur, hæredi suo recte quem stipulari: quoniam plane existimo, necesse esse, ut ex ratione juris veteris adjecta simul fuerit persona stipulantis. Illud enim cavillatorium fuerit, si quis existimet, expressam saltem mortis suæ mentionem obfuisse stipulationi: sed & sive expresse sive tacite hoc factum proponas, perpetuò obstat illa regula juris antiqui, quæ actionem ab hæredib. incipere vetabat: quod utique contingere necesse est, si quis tantum hæredi suo stipuletur: quoniam ratio illius juris erat, quod obligatio quæ nunquam in defuncto constitisset, non poterat transmitti, sed & *in d. l. 13. h. t.* verba, post mortem meam expresse adiecta proponuntur. Uti tamen actioni etiam nō adiecta persona patris locus esse videtur *ex l. 45. §. 2. de V. O.* ubi ex hac stipulatione post mortem meam filiæ meæ dari, utilis actio competere filiæ respondetur: licet & illum locum à Tribon. corruptum putet *Anton. Fab. in leg. 21 de pact.* nisi quis forte id ad casum dotis filiæ reddendæ restringendum existimet. Illud apparet si cui personæ rectè stipulet, ut ipsi quæratur actio nihil interesse posse, an post meam mortem stipulatio conferatur nec ne.

LIT. D.

Proponit in thes. aliis quoque modis solvi mandatum, & exemplum in exegesi proponit, mutationem status in deterius, & hoc modo ipso iure mandatum solvi affirmat. Id quidem *ex citat. cap. si quem de procur. in 6.* non probatur, neque de eo tractat Iason (Cynus autem ad tit. D. mandati, non scripsit. (*in l. sancimus. C. de testa.* (*ubi* tribus verbis ait, procuratorem videri revocatum, si efficiatur ribaldus,) sed altero cit. loc. *in l. regasti 11. § si fugitivus 2. de reb. cred.* ubi hoc exemplificat in procuratore bānito vel ribaldo. (quo verbo quid intelligat ipse & Mozzins in cap. de mod. solvend. mandat. mihi non satis liquet.) sed in bannito expedita ratio est, quod hoc modo caput de civitate eximitur: neque hic casus distinctim proponendus erat, quem Treut. lit. C. sub casum mortis, quæ vel civilis est, vel naturalis est, retulerat. Cæterum etiam minima capitis diminutione status in deterius mutari potest: quo casu, si v. c. paterfam. arrogetur, sen-

tentiam Tr. generaliter propositam falsam esse non dubito. Sed non debebat Treutl. tantum mentionem facere status mutari in deterius: quoniam hoc etiam obtinet in casu in melius mutati status, v.c. si servus dispensator: manumissus sit §. *item* 10. *Instit. h. t. l. eius qui*, 41. *de reb. cred.* Vide hac de re infra *part. 2. disp. 29. the 4. l. t. A.* ubi quæritur an mutato statu adjecti facultas ei solvendi intercedat, quoniam iste procuratoris instar est *arg.* §. *si quis* 4. *vers. plane. Instit. de inutil. stipulat.* In eo quoque offendit hic Treutl, quod confusim proponit modos, quibus ipso jure mandatum solvitur, velut mutationem status, mortem & modos qui tantum præstant justã causam revocandi & renunciandi quæ proponuntur *in l.* 8. §. *ult cum ll. seqq. de procurat.* & *in l.* 22. §. *ult. cum ll. seqq h. t* ex quarum numero sunt hae lit. D à Tr. propositi morbus & inimicitiæ. Hinc & alterum vitium notari potest, quod cum duos hos modos opponat præcedentibus & ab ijs distingvat, attamen accuratius isti modi referuntur sub caput voluntatis contrariæ, quæ scil. declaratur revocatione & renunciatione. quarum utraque ex causa inimicitiarum morbi, &c. fieri solet Nimirum ita jus est, ut mutare voluntatem liceat, idque vel libere, vel præstito eo, quod alterius interest, & hoc indistincte, illud vel re adhuc integra, vel ex iusta supervenlente causa, ut tamen & hic quod cujusque ante causam illam supervenientem & voluntatis sequuram declarationem interesse cepit, utrinque præstetur.

LIT. F.

Fines mandati diligenter custodiendos esse docet: & porro si indefinite datum sit, bona fide definiendum esse, ita ut definitio ista non tam ad formam superficialem. quam ad effectum referatur. Quæ sane obscurius proponi videntur, & res ita se habet, ut si mandatum non omnino ratione pretij vel rei aut aliarum circumstantiarum restrictum & limitatum, vel etiam generale sit, velut *in cit. l.* 60. § *ult. h. t.* quod bonæ fidei convenit, præstare oporteat, & in actionem mandati veniat & deducatur. Et sententia citati Baldi ad mandatum definitum pertinet, in quo expediendo monet non superficiem & corticem verborum, sed intentionem mandãtis esse spectandam. Illud vulgatum est, de mandato ad aliud trahendo, sine quo haberi illud non potest, quoniam consequenti concesso etiam antecedens citra quod ad aliud perveniri nequit, intelligitur concessum.

Et mandatum.] Qui mandatum habet ad vendendum, eum etiam ad pretium recipiendum mandatum habere videri Treut. affirmat. Quæ sententia confirmatur *ag. lib.* 55. *de solut.* ubi servo qui pecuniam erogare potest, eandem recipere permittitur. Facit & hæc ratio, quod cum utiq; hic rem tradere possit, juxta naturam cõtractus, non nisi soluto vel oblato pretio emtor, ut sibi res tradatur, expetiri potest, *Iulianus.* 13. §. *offerri.* 8. *de action. emt.* Ex quo respondetur *ad l.* 2 §. *igitur.* 12. *de exercit. action.* ubi qui propositus est ad locandum, negatur posse exigere: etenim ex causa locationis merces non prærogari, sed finitis singulis annis numerari solet: licet etiam *in d.* §. 12. sub taxatione tantum ad locandum proponitur esse constitutus. Neque obstat *l. hoc iure.* 86. *de solut.* ex qua procuratori ad litem non recte solvitur: quia specialis ratio est procuratoris ad negotia, qui in personam suam actionem acquirit, & quia exercitium litis diversum plane est ab acceptione solutionis: & differentiam priorem ipse insinuat ICtus *in d. l* 86. dum negat procuratori ad litem actionem judicati.

THESIS VII.

LIT. A.

Propositio hic tradita, quod actio mandati detur ei, cujus & cum interest, probatur cum textibus allegat. cum generali axiomate, quod omnes actiones comparatæ sint ad persequendũ quod cujusque interest, *argument. l.* 38. § *alteri* 17. *de V. O.* eoque deficiente nulla actio fundari potest. Sed objicitur *l.* 6. §. 4 *h. t.* ubi dicitur, mandati esse actio, si mandavero, quod mea non intereat. Putabã dici posse satis hoc ipso interesse videri, quod alter negotium alterius gerendum suscepisset. Verum quominus hoc recte dicatur, facit *argum. ex l.* 8. §. 6. *h. t.* & ratio præcedens, quod ad fundandam intentionem peculiariter alicujus interesse oporteat: & quod generaliter receptum est, conventionem in alterius personam conceptam ita inutilem esse, ut nec alteri nec illi ipsi qui ita convenit, actio detur, ut notant *Dd. in* §. 3. & 4. *Institut. de inutil. stipulat in l.* 38. §. 1. *de V. O.* de quo infra par. 2. disp. 27. th. 2. Non dicam ita me agere posse mandati, si ille qui susceperit negotium & perfecit, prius agere ceperit,

quod

quod hoc casu mea quoque interesse incipiat: sed respondebo & 1. phrasin illam *in d. §. 4. l. 6. h. t.* hoc significare, mãdare vel mandasse aliena rãtũ gratia, ꝙ genus mandati utile esse, docetur in *prin. & §. 3. Instit. h. t. & in l. 2. D. eod.* adeoq; opponi ei mandato, ꝙ fit mea causa. in qua specie principaliter & per excellentiam dicitur mãdari, quod mea interest. Hinc 2. respondetur ex sententia Dd. quam refert & sequitur Salicet. *in l. 2. h. t.* posse in isto casu, ubi quis mandat aliena gratia duobus modis interesse mandantis, tum quod fortassis alteri tenebitur mandati, quo casu etiam alteri, rectè stipulamur §. *sed etsi. 19. vers. ergo. Instit. de inutil. stipulat.* tum quod licet ab initio non intersit, post gestionem tamen incipere potest interesse: quoniam qui v. c. tertij negotia geri aut administrari curat, illi tertio mandati aut negotiorum gestorum tenetur *l. si quis. 28. de neg gest.* Secundum hæc errant *Balduin ad §. 1. ff. h. t. Hottom. 5. obs. 10.* qui *in d. l. 6. §. 4. h. t.* expũcta negatione volunt legi, *quod mea interérat.*

Lit. B. C.

Præstandam esse ait à mandatario dolum & culpam, & in exegesi subijcit in hæc verba, *actiones itaque cedere debet mandatarius.* Quæ nulla plane mihi videtur esse connexio, quoniam non ex culpa vel dolo, sed ideo quia negotium ipsum mandantem concernit, actiones veniunt præstandæ. Ait porro liter. C. etiam levissimam culpam præstandam esse, ut tamen in exegesi non obscure probare videatur declarationem Emanuelis Soarez. ut hoc obtineat, si res talis sit, quæ exactissimam diligentiam requirat Quo admisso prius illud de pręstanda levissima culpa re ipsa destruitur, & consequitur id regulæ loco ponendum non esse, siquidem ita non natura contractus, sed conditio rei præstationem levissimæ culpæ induett. Exemplum præbet contractus locationis, in quo receptissimum est, latam & levem culpam tantum præstari *leg. 5. §. 2. commodati*, & tamen propter conditionem & qualitatem rei exactiorem aliquando custodiam & diligentiam requiri, notant Dd. *in §. ultim. Institut. locati.* Enim verò regulam facit natura contractuum, sed exceptio sumitur à rei qualitate. Cæterum quæstionem hanc controversiam inter Dd. fuisse, ostendunt notata á Saliceto *in l. 2. hoc titulo numero primo*, ubi refert diversas opiniones, & Bartoli sententiam, quod tantum procuratores ad judicia de levissima culpa, cæteri regulariter de levi tantum teneantur, ait esse æquiorem. Verum quod regulariter de levissima culpa mandatarius teneatur, præter legem 13. *Cod. hoc tit.* quæ omnem culpam vult esse præstandam, magis probat *l. 21. Cod. eod.* quæ eum ad majorem etiam quam suis rebus præstat diligentiam teneri ostendit. Attamen pro diversitate factorum diuersimode teneri mandatarius videtur: verbi causa si administrationem susceperit levissimam culpam præstabit: cæterum bonam fidem præstare, & culpa fraudeve carere sufficerit. *arg. l. 8. ultim. & l. 29. §. 4. h. tit.* Porrò ut hoc addamus, in actionem directam mandati hoc quoque venit, ut procurator præster actiones, quas dum curat res meas sibi acquisivit *l. 8. §. si liber homo & §. ult. l. 45. §. quoties. hoc tit. l. possessio. 49. §. ultim. de acquir. possess.* Qua in re differentia est in procuratore ad iudicia, quod ex judicialibus stipulationibus etiam citra cessionem utilis actio competat domino *l. 5. de prætor. stipulat. l. 27. in fin. & 28. de procurat. l. 79. de V. O. Cuiac. in l. 40. de vulg. subst. lib. 29 quæst. Papin.* In quo errare videtur Sichard. qui *in lib. 1. Cod. de sentent. num. 3.* ex hac causa ipso jure in dominum actionem transire affirmat: quo admisso etiam actionem directam domino competere sequeretur: cui sententiæ repugnat tum, quod etiam in judicio quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit. de pecul.* procurator litem contestando dominus effici dicitur. Quod lit. D. aspergitur, condemnatum ex dolo infamem fieri explicatum est sup. disp. 8.

Lit. E. & F.

Tractatur hic de actione contraria, in quam venit, quod procuratori ex causa suscepti officij abest, etiam, ut ait Treutl. casu fortuito, quem mandantis culpa præcessit. Hoc quidem etiam tractationi de actione directa adijcere debebat, quoniam communi jure à quocunque quod casu fortuito, quem culpa præcessit, damnum datum est, præstari oportet. Quæstio autem proposita lit. F. communis est omnibus fere contractibus, v. c. deposito, commodato, locato, pignori &c. si servus ex istis causis a domino in alium translatus damnum dederit, an & quatenus dominus teneatur, an noxaliter tantum an in soli-

dum.

dum & quanti interest: quod tractatur satis prolixe *in l si servus cōmunis.61. aliàs 63 de furt.* Et obtinet hic regula contraria ei, quæ traditur *in l.5.§.* 2. commodati, per quam accipiens, si ejus causa tantum cōtrahatur, præstat levissimam culpam: & ex adverso commodator ob damnum ex re commodata illatum commodatario solum dolum & latam culpam, per notata supr disput.24. thes.4. lit. C. Contra ubi contrahitur solius dantis causa, ut in deposito, accipiens tantum præstat dolum & latam culpam: & ex adverso deponens ob damnum depositario datum de levissima culpa, id est, etiamsi ignoraverit vitium rei tenetur. Et quoad priorem regulam *in d l.5.§.* 2. commodati exceptio est in mandato, in quo venit levissima vel utique levis culpa, non etiam quoad posteriorem. Quod evidenter ostendit *d.l.61.§. quod vero.5. de furt.* ubi quoad hoc posterius idem statuitur in mandato & deposito, inter quæ tamen quoad prius, latissima est differentia. Quod autem mandans vel deponens propter damnum mandatario vel depositario illatum, etiamsi ignoraverint rei vitium, ultra noxæ deditionem, quanti interest præstare teneantur, solida ratio redditur *in d.§* 3. quod officiū suum nemini debeat esse damnosum, & æquius sit ad dominum spectare damnum, quam ad eū, qui citra ullum suum commodum alteri officiū & beneficium præstitit. Apparet autem ex dispu. Julian. *in d.* §. 1. de hac re non omnino inter omnes constitisse, & aliud judicium fuisse videtur *Pauli & Neratij in l. inter causas 26.* §. *sed cum 7. hoc tit.* ubi eo demum casu, ubi dominus vitium scivit, nec prædixit ad solidum interesse. ceteroquin tantum noxaliter eum teneri traditur: nisi cum *gl. in d.§.7. & l.61.* §.5. *de furt.* quod probat Salic. *in d.* §. 7. distinguas, an quis jussus fuerit simpliciter emere hominē, an vero hominem certum: quod illo casu procedat, *d. l. 26 §.7. hoc tit.* hoc autem *l.61.§.5. de furt.* in qua etiam nominatim hominis certi fit mentio. Atque hæc est sententia & vera & communis, à qua si discedit Treutl. & vero eum discedere inde apparet, quod Dd. pro diss. adducit, procul dubio errat: quamvis Costalius citatus magis pro Dd. faciat, & Duar. cap. 5. hic, hoc tantum, quod damnum ex causa mandati acceptum mandans sarcire teneatur, doceat: & Bart. trib. tantum verbis mandatorum ex levissima culpa teneri scribat: quæ omnia verissima sunt, & posterius istud Bartol. ex ipso textu late *d. l.* 61 *de furt.* perspicue probat. Quod si contrariæ opiniones JCtorum statuendæ essent, sententiā Juliani *in d.l.* 61. non dubitaverim dicere esse veriorem: *his adde notata infra disp.29 thes.7.l.* C. Illud superest, ut dilectione *d.l.26.§ 7. hoc tit.* videamus: ubi Treutl. sequitur Anton. Fabr. qui 3.coniect.5. vult legi, *culpa mea.* Verum & vulgata lectio commodum habet sensum, quod scilicet noxalis actio detur mandatario, cui servus mandatus furtum fecit, si modo absit mandatarij culpa, gravior scil. aliqua per quam occasionem furandi servo præbuerit, quomodo etiā hoc recte explicat *Cujac. in l.21.§ 1. commodati, in fin. tract.8. ad Afric.* Neque emendationem illam Fabri, ut Tr. putat, confirmat vers. seqq. *quod si ego scissem, &c.* quia opponitur principio § in quo in casu ignorantiæ mandans noxali tantum actione vel noxaliter actione mandati, convenitur.

LIT. H.

Quæritur, si quis fines mandati excesserit, expresse designatos, an habeat actionem: & usque ad terminos præfixos actionem concessit Proculus *in l.4. h. t.* quem textum Treutl. ad actionem mandati restringit, ceterum nomine ejus quod excessit negotiorum gestorum actionem conced t. Equidem Martinus olim utilem tantū hoc casu actionem concessit, cujus sententiam benigniorem esse affirmat Joh. Fabr. *in §. is qui* 8. *Instit. mandati.* Verum nec ita explicata sententia Treut. probatur *ex cit. l.2 & 45. de negot. gest.* quoniam qui mandatum excedit, in eo quod excedit negotium mandantis gessisse dici non potest, quoniam hoc quod excedit, aliud esse intelligitur *lib.3. in princip. & §.3. h.t.* & proinde hoc nomine actio ei dari non possit: quod & satis perspicue probatur *l.3 § ultim. & l.4. h. t. d.* §.8. *Instit. eod.* quibus locis traditur ex sententia Sabinianorum mandatario, qui excesserat nullo modo actionem competiisse: neque probabile aut verisimile est, JCtos in verbis lusisse, siquidē inter actionem mandati & neg. gest. distinctio, pendet à qualitate conventionis, effectus autē & re ipsa nihil interest utra quis actione utatur vel conveniatur. Et potest textus *in l. 3. §. ultim. h. tit.* ita induci, quod ibi referatur sententia eorum, qui negabant actionem mandatario, etiamsi paratus esset remittere quod excedit, quæ opinio cum improbetur in l. seq. & actio usque ad pretium determinatum concedatur, sequi-

sequitur etiam ita, si quod excedit, remittatur, permitti & concedi, & ultra nullam esse actionem. *Et Accurs. in d. §. 8. Instit. h.* pro hac opinione inducit *l. si pro te* 40 *h. t.* ubi qui pro vetante intercedit: nec utilem negotior. gest. habet actionem, qui autem certum terminum statuit, extra illum vetare videtur: Neque adeo obstat, quod de æquitate affertur: quia respondetur 1. donare videri eum, qui excessit fines, sicut in specie *d. l. 40. h. t.* & cum mandati fines observare potuisset, habet quod sibi imputare debeat. Utique non videtur esse æquitatis æquitas, & cum adeo *in d. l. 4. h. t. & in § 8 Instit. eod.* ea sententia quæ usque ad terminos mandati actionem concedit, sub colore æquitatis & benignitatis recepta sit, eam benignitatem porro extendere rationi minus convenire videatur. Deinde respondeti potest sententiam *d. l. 4. h. t.* pertinere ad casum actionis non exceptionis iste est, mandatarium non posse agere contraria actione, ut re accepta totum quod expendit, sibi præstetur, sed si mandans directa actione expetiatur, mandatarium exceptione se defendere posse, ne rem non præstito solido pretio restituere cogitur: quomodo etiam malæ fidei possessor impensas necessarias & utiles conservare potest per not. sup. disp 14. thes. ult.

THESIS VIII.

LIT. B.

Docet societatem contrahi consensu vel expresso vel tacito, qui scilicet juxta *l. 4 h. t.* ipsa rerum collatione declaretur. Ex quo ipso apparet insignis inter ista differentia, quod posterior ista species, in nudo consensu non subsistit, siquidem ipsa demum rerum collatione perficitur & constituitur: adeoq; haud scio an hæc divisio recte accommodetur definitioni, qua societas dicitur constare consensu, maxime propter verba adjuncta, de re utrinque communiter habenda: quæ verba cōsensum in futurum designant, cum ipsa rerum collatio non nisi de præsenti operetur. Subjicit porrò Treutl. per modum illationis, fratres simul bonis parentum indivisis habitantes non intelligi socios. Verum hæc ad duplicem illam societatis speciem propositam, ex consensu expresso & tacito, vitiosa plane illatio est: quod si enim citra verba sola rerum illatione societas contrahitur, consequens tanto magis iudicatur, fratres non diversis bonis simul habitantes, socios præsumi debere, quam etiā veterū quorundam opinionem referunt. *Bartolus & Baldus in l. 4. Cod. commun. utriusque iudic.* Eam Bartolus ita admittit, si simul fratres negotientur; quam limitationem Bartoli, cum ipse statim improbet Treutler. *vers. & si nullus*, tanto magis defendi potest, societatem inter fratres istos præsumi debere. Et recte Bald. contra Barto. cit. l. c. tradit, societatem induci ex actibus quæ faciant communionem etiam citra negotiationē, quæ utique ad essentiam societatis non pertinet. Et statuemus igitur in isto casu esse societatem, sed quæ ultra bona pro indiviso possessa & fructus inde perceptos non extendatur: & ita statuemus, utcunque intercedat subductio rationum. Qua in re non dubito errare Treutler. eo demū casu societatem habendam esse, si communicatio fiat citra rationum subductionem: siquidem hæc naturæ societatis minime adversatur, in ò ut partes damni & lucri recte computari possit, rationibus subductis opus est, neque minus ut de fructibus perceptis & impensis factis, quarū rerum nomine actio pro socio invicem competit, constare possit. Plane in societate generalissima, in qua omnia omnino communicantur, locus possit videri sententiæ Treutl. quamvis utique societatem constitutam rationum subductio evertere vel dissolvere nō possit, maxime cum etiam in hac specie quod alter culpa vel dolo commisit, de suo præstare teneatur.

LIT. C.

Ait communicari & corpora & operas, subjectis his verbis, *& has impensis communibus etiā domi factis conferri oportet.* Quibus quid sibi velit, non satis assequor, neque ad eorum intellectum allegata deducunt. Nam *in l. 60 §. 1. cum l. seq.* hæc quæstio tractatur, an quod non recta in societatem sed tamen propter societatem & ejus occasione impensum est, in actionem pro socio veniat: quia in re non convenisse inter Iulianum & Labeonem patet ex dd. textib. juncta *l. 52. § quidam eodem Apud Cyn. & Bald in l. 1. C. h. t. & Schneidvv. in §. de illa Inst. eod.* illud tractatur, quomodo ubi ex una parte pecunia ex altera opera collata est, lucri & damni ratio ineatur: qua in re nullam Cyni & Baldi dissensionem deprehendo: & pertinet hoc ad thes. seq. lit. A.

LIT. D.

Si partes adjectæ non sint, æquales in lucro & damno proportione Geometrica esse debere affirmat. Cæterum cit. Menoch. rem istam

Rrr non

non satis accurate expendit, & apud eum secundus casus, si minus quam conventum est, alter contulerit, expeditam habet decisionem, ut proportionaliter etiam minus sentiat lucri. Primus autem casus subdistinguitur, quod aut collatio est æqualis, & citra pactum, portiones quoque lucri æquales esse oportet: aut inæquales, & hic quasi tacite actum intelligitur, ut ad proportionem summæ collatæ, etiam ratio partis lucri ineatur, *argument. leg. 6. in fin. & l. 83 in fin. hoc titul.* Idque est quod post Menoch. Treut. ait proportione Geometrica partes constituendas: licet dubitare quis possit, cum recte istud proportione Geometrica fieri dicatur: quoniam hæc dici solet, ubi in distributione qualitatis personæ, dignitatis, meriti, roboris, &c. ratio habetur: quæ in societate non attendi constat. Et sicut qui pistori duos nummos dedit, eo qui dedit unum, plus accipit, non Geometrica, sed Arithmetica proportione, ita etiam in hoc casu Arithmeticæ proportioni, quam ad contractus pertinere liquidum est, convenit, ut qui altero tanto plus contulit, duas partes lucri accipiat. Huic succedit hac lit. alia quæstio de partibus inæqualibus, etiam ubi æqualis collatio est, ex pacto constitutis. De qua ita statuit Treutl. non valere tale pactum: quippe cum demum inæquales admittat partes, ubi alter plus contulit. Cui sententiæ omnino refragatur § 1. *Inst. h. t.* ubi Iustin. tradit, si nihil actum sit, æquales esse partes, inæquales autem ex pacto constitui posse. Quod de æquali collatione accipiendum esse exinde patet, quod juxta prædicta in casu inæqualis collationis, etiamsi nihil actum sit, tamẽ ex pacto tacito inæquales partes esse, adeoq. Iustin. inepte ibi diceret, expressas partes servandas esse. Et hanc communem esse Dd. sententiam tradit *citat. Menoch. cas. 125. in fin. non nego tamen, inquit, quin valeat pactum, quod partes æquales sint, etiamsi unus plus altero contulerit, ita enim sentiunt nostri interpretes, &c.* Huic enim omnino consequens est, ut in collatione partes inæquales pacto constitui possint. Et verò rationis est, ut pactum expressum ultra ordinariam naturam contractus operetur, modo non inducatur nimia inæqualitas, quæ societatem faciat leoninam, ut loquitur *ICtus in l. 29. §. h. t.* Secundum hæc *d. l. 29. in princ.* quæ pro Tr. facit, cõmode accipienda & explicanda est: vel quod ibi ICtus ad regularem societatis naturam respexerit, vel quod nimiã inæqualitatem intellexerit & improbaverit.

Lit. F. & G.

Proponitur divisio societatis in generalem & specialem, ex quibus illa omnino subdistinguẽda est, quod alia est simpliciter omnium bonorum, in qua tantum communicantur, quæ ex quæstu veniunt *l. 7. cum ll. seqq. hoc titul.* alia vero specialiter omnium bonorum, in qua etiam ex titulo lucrativo obvenientia & omnia omnino communicantur. Potest & dari mixtum quoddã genus societatis, quæ diverso respectu generalis & specialis dici queat. v. c. si fratres communem retineant hæreditatem paternam: qui licet socij omnium bonorum non sint *l. 39. §. 3. fam. ercisc.* attamen respectu societatis singularis & particularis, universitatis cuiusdam socij dici possunt. Ex quibus fortassis sumi potest decisio quæstionis lit. F. an societas generalis vel universalis tacite constitui possit. Scilicet non potest illa, in qua omnia omnino communicantur: potest autem posterior illa mixta, videlicet eo ipso dum manent in communione, quod ipse Treut. admittit lit. B. fratres duos videri socios si citra subductionem rationum, quæ utique non inducet expressam conventionem, lucra communicentur: idque probat *d. l. 39. §. 3. fam ercisc.* in qua communio hæreditatis opponitur societati omnium bonorum, non quasi in illa nulla sit societas, sed quod illa suo modo particularis, hæc simpliciter universalis est. Hoc tamen exemplum minus aptum esse videtur constitutæ societatis, quod communio vel ex testamento vel ex lege ipsorũ corporum inter plures hæredes jam constituta sit. Ab initio autem tacite quamcunque universalem societatem constitui posse. difficulter existimo: quod collatio rerum, quæ inducit tacitam constitutionem, vix in universum fieri potest: quamvis aliter videatur sentire Treutl. ex ratione subjecta his verbis, *nam simpliciter coita tantum ad quæstum communicandum tendit*: quorum verborum aut nullus idoneus, aut hic sensus est, quod præmissa assertio, de societate non constituenda tacite, ad eam speciem, quæ *in l. 3. h. t.* specialiter universorum bonorum dicitur, tantum pertineat. Frustra autem hic objicitur conjunctio *l. 4. & 5. h. t.* quod cum in illa dictum esset, societatem etiam recoiri, subjicitur *in l. 5. aliam esse universorum bonorum*: quoniam vitiose hic infertur etiam hanc societatem re contrahi: & ea compositorum mens fuit, *ut in lege quarta*, modos contrahendi, *in l. 5.* species

cies

cies societatis proponerent: neque aliam ab ijs connexionis rationem quæsitam argumento est, quod *in §. 1. d. l.* 4. modi solvendæ societatis proponuntur. Quinimo videatur vix ulla societas simplici collatione contrahi. Quis enim credat, nisi mutos ita res conferre, ut nihil loquantur? Equidem video *Accurs. l.* 4... *t.* ita explicare, ut coniunctim intelligat res & verba, per quæ putat significari stipulationem, quæ opponantur nudo consensui. Possis etiam illud verbum RE referri ad societatem incidentem, ubi duo cohæredes vel collegatarij sunt, de qua bene *Mozz. hic de div. sive num.* 8. Recte etiam dicam ICtum *in d. l.* 4. *h. t.* verba intelligere, quibus expressim declaratur, se socios esse velle, & quæ præcedant collationem: quæ recte opponuntur alijs verbis, & isti modo contrahendi, quo verba simul & res ipsa concurrunt.

Quod lit. G proponit de ære alieno, expeditam habet decisionem, adhibita distinctione inter causam æris alieni, an societatem concernat necne *per l.* 12. *& l. cum duobus* 52. *§. ultim. h. t.* unde explicanda est *l.* 81 *eod.* neque adeo simpliciter id à Tr. erat negandum.

LIT. H.

Quæritur hac litera, an sumtus studiorum à patre filio vel dos filiæ data, imputentur societati omnium bonorum, ubi ante omnia distinguendum, an sit societas specialiter omnium bonorum, an simplex, juxta *d. l.* 3. *&* 7. *h. t.* In hac negandam, in illa affirmandam quæstionem existimo. Etenim cum omnia omnino etiā ex donatione & legato quæsita cōmunicentur, merito etiā ex cōmuni sumtus, ꝙ honestas, pietas & partim necessitas exigunt, erunt subministrandi: quæ scilicet concurrunt & occurrunt in sumtibus studiorum & dote, & in hac etiam necessitas & officij paterni ratio *l. ultim. Codic. de dot. promiss. l.* 19. *de ret. nuptiarum.* Nec minus justam causam imputandi debet præbere favor studiorum & ipsa honestatis ratio. Et pro hac sententia Rolandus à Valle adducit *l.* 39. *§.* 3. *fam. ercisc.* ubi debitum Reipubl. quod filius contraxit societati omnium bonorum imputatur: ex qua etiam pro sumtibus studiorum argum. desumi potest. Itemque *l.* 52. *§. socium.* 16. *hoc t.* ex qua socius omnium bonorum etiam ea confert, quæ actione injuriarum vel L. Aquil. consequutus est: quamvis dici possit, aliam esse collationis, aliam erogationis rationem, ꝙ ex ejus universalitate nulla nisi ex incerto eventu videtur oriri inæqualitas, sed bene ex hujus *argument. l.* 81. *in princip. hoc tit.* unde quod quis ob injuriam sibi factam præstat, non imputat *l.* 52. *§. ultim. h. t.* neque dubium est, quin ab uno sociorum donata sint extra societatis rationes. Adducit eam Rolandus *d. l.* 52. *§. ultim.* ubi etiam quod quis per injuriam damnatus soluit, societati imputatur: & denique *l. quod si.* 66. *hoc titul.* quæ dotem soluto matrimonio lucro mariti cedentem, inter socios vult dividi, nisi forte & hic distinctione collationis & erogationis occurri possit. Cæterum huic sententiæ, quam Treutler. defendit post Roland. & alios varia obijci possunt: & 1. quod ex ea magna potest consequi inæqualitas. Respond. in ejusmodi societate, inæqualitatem impensarum non admodum esse spectandam, cum etiam non curetur inæqualitas collationis, si fortassis uni opulenta hæreditas deferatur. Sed & æqualitas illa pendet ab incerto eventu, quod alter plures, alter pauciores, alter studijs aptos, alter ineptos liberos habeat: argument. ejus, quod dicitur *in l.* 81. *hoc titul.* si pactum commune fuerit, nihil interesse, quod alter tantum filiam habuit. Sed & plurimum in hac materia committitur arbitrio boni viri, quo decidetur qualitas impensarum. Neque negauerim, considerandam hic etiam qualitatem patris, & ex ea an & quales studiorum sumtus subministrandi sint æstimandum. 2. objicitur, quod istæ sint speciales plane impensæ, de quibus in contrahenda societate actum non videatur, & illas tantum erogationes & damna societati imputanda esse, quæ societatem respiciunt, & ejus occasione emergunt. Respond. hoc argumentum tantum procedere in ea societate generali, quæ communicationem solam eorum, quæ ex quæstu veniunt, habet, non in ea, quæ specialiter universalis dicitur: in quam cum conferantur, etiam ea quæ cum bonis collatis nullam habent connexionem, omnia etiam erogari absurdum haberi non debet; & verò quod quædam causam societatis non respicientia imputentur, perspicuè probatur *ex leg.* 39. *§.* 3. *famil. ercisc. & ex l.* 52. *& ultim. hoc tit.* 3. objicitur. *l.* 73. *§* 1. *hoc tit* ex qua ut sumtus studiorum imputari possint pacto speciali opus esse colligitur. Sed recte respōdetur

cum ibi agatur de contracta societate universarum fortunatum, eaque juxta supra dicta duplex sit, verbis istis *l. 73. ut quicquid erogetur vel quaereretur, communis lucri atque impendij essent*, non designari pactum ampliativum societatis, sed declarari qualis sit societas, ut intelligatur scilicet ejusmodi contracta societas, in qua non tantum quae ex quaestu veniunt, sed omnia omnino communicentur. Et secundum hanc explicationem fortiter ille textus pugnat pro sententia Treutleri affirmante, pro qua etiam à citat. Ubaldo & Ruland. inducitur: & simul ex eo probatur, quod in princ. hujus quaest. diximus, in hac tamen societatis specie hanc sententiam obtinere. Denique objicitur *l. si socius. 81. h. t.* ubi ut dos imputari possit pactum speciale requiri videtur. Sed responderi potest, ideo ibi requiri pactum in specie illius, quod dos tantum promissa non data, & quod de casu defuncti jam patris adeoque solutae societatis tractatur: caeteroquin si dos jam data esset, vel patre adhuc vivo societas duraret, nihil obstaret, quo minus dos illa societati esset imputanda. Sed & nihil proponitur, ex quo ibi specialiter universorum bonorum societatem contractam esse intelligatur, in qua sola huic sententiae locum esse, jam monuimus.

THESIS IX.

LIT. A.

Si unus pecuniam alter operam tantum contulerit, pecuniae amissae damnum etiam ad hunc pro rata spectare affirmat Tr. verum vix ullo ut existimo autore; etenim citatus pro hac sententia Schneid. defugit autoritatem & diserte contrarium scribit, pecuniae damnum commune nō esse, quod etiam expresse tradit citata à Tr. *gloss. in l. 1. C. h. t.* ex quo tamen argumentum pro opinione Treutl. desumi potest, quoniam affirmat pecuniam fieri communem, cui consequens est etiam damnum commune esse debere. Verum recte *Cynus in dict. l. 1.* ex Iacob. de Aren. contrarium docet, quod in dubio pecunia non intelligatur communis, idque in terminis tradit Baldus in consilio suo, quod totidem verbis integrum refert *Petrus de Vbaldis citato loco p. 8. num. 42.* quod scilicet tum demum damnum pecuniae amissae ad eum, qui operam contulit, pro rata spectet, si pecunia fuerit communicata, quod idem tradit *Bl. in l. 1. C. h. t.* Caeteroquin sententiam Tr. falsam esse statuo: quia scil. ejus rei, quam quis contulit damnum etiam sentire debet, & imputet sibi socius, qui alium hac conditione admisit, ex quo ipso tacitum quodámodo pactum induci posse videtur. Et sicut qui inaequalem pecuniae summanr cum opera cōtulit, juxta *l. 29. in pr. h. t.* pecuniae amissae damnum nō aequaliter: sed pro rata feret: ita qui nullam pecuniam & solam operam contulit, nullam etiam partem damni in pecunia sustinebit: quod aliàs injuria fieret ei, qui sub conditione & lege conferendae tantum operae contraxit societatem: qui sicut nihil lucratur, nisi quatenus ultra sortem à socio collatam accessit: ita quoque periculum sortis diminutae ad eum pertinere non debet: cum opera aequivalere pecuniae intelligatur: ex quo probabilis sit limitatio *Covar. 3. var. resol. 2. n. 2.* nisi inter operam & pecuniam inaequalitas appareat evidentior. Caeteroquin satis est operā inanem à socio praestitam & amissam esse. Ex quo colorem capit limitatio Petri relata & probata à *Cyn in l. 1. C. h. t.* nisi pecunia ante operam praestitam perierit: quam tamen non probo, vel quia nihil imputari potest socio: vel quia periculum cujusq; rei citra culpam & morem alterius contingens, ad dominum spectare debet. Et ergo concludendum est in quaestione proposita, si pecunia cōmunicata non sit, ejus amissae damnum nullo modo ad eum, qui operam contulit, pertinere debet. de quo casu agere Tr. colligitur, tum quia simpliciter operam & pecuniam collatam ppponit, tum quia p dict. allegat *Bald. in l. 1. C. h. t.* quia in casu pecuniae communicatae damnum quoque ejus commune esse affirmat. Illud parum interest, an *l. 52. §. 3 h. t.* legatur *prudentibus*, an *imprudentibus*, quam vulgatam lectionē bene defendit *Robert. 2. recept. lect. 31.*

LIT. B.

Subjicit Treu. limitationis cuiusdam loco ad prius illud lit. A. quod pacisci possit ille, qui solus pecuniam confert, ut sorte sibi salva reservata socius tantum lucri partem ferat Verum cū prius illud spectet onus ejus, qui operā contulit, potius subijciendum erit, hunc ita pacisci posse, ut pecuniae damnum ad alterum tantum pertineat. Limitatio autem Tr. ad illam quaestionem pertinet, an pecunia collata communicetur, ita, ut qui operam contulit, ex illa partem sibi vindicare possit. Et cum pacto demū hoc fieri statuat Tr. ut alter pecuniam integram retineat, sequitur eum existimare, pecuniam in dubio cōmunicari: quod licet affirmet *gloss. in l. 1. C. h. t.* falsum tamen.

tamen esse jam antea probavimus. Cæterum admissa ista sententia, contrariũ pacto effici posse, nemo negaverit: neque hoc negat pro diss.citata *glossa in l.1.Cod.h.t.* neque negat. ibid. Bald, quam enim intelligat *l. 4.* haud scio: neque negat *Covar,3.var. resol.2.n.3.* ubi casum longe diversum proponit, non valere pactum, ut accipiens pecuniam eius periculum subeat, sitque ea integra conferenti, lucrum v. utrique commune. Et huc pertinet tractatio casus qui proponitur *in l.29.& 30.h.t.& in §.de illa Inst.eod.* in cujus fine Justin. ait, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur. Nimirum hæc conventio non ita valet, ut quocunque casu damnum acceptum sit, ad alterum tantum spectet. sed ut omni quandocunque accepto & facto damno vel lucro, ubi in definienda societate & actione pro socio agitur, si damnum tantum superfit, id alter tantum sustinere cogatur: velut si ex duobus sociis singuli millena contulerint, & nullo lucro facto, ducenta periisse appareat, alteri tantum ducenta restituantur: qui sensus est limitationis à Justin. subjectæ *in d.§.de illa 2.h.t.* Quod non satis perspicuum, ut paulo latius explicemus, partes societatis determinantur ex conventione vel tacita, quæ desumitur ex quantitate rerum collatarum *arg.l.6.in fin.& leg.83. in f.h.t.* vel expressa, per quam, ut antea dictum, facta etiam æquali collatione inæquales partes possunt constitui. Inæqualitas porro alia absoluta, alia limitata, & utriusque rursus species sive gradus constitui possunt: veluti si conveniat primo ut alter totum lucrũ alter damnũ sentiat, absoluta inæqualitas & nulla societas est *l. 29. §.ult. h.t.* 2: ut alter totum lucrum partẽ damni sentiat: quæ pactio itidẽ nulla est ex ratione *d.l.29.* quia non potest subsistere societas, ex qua alter nunquam sentiat lucrum: neque alio valebit pactio, ut alter solum lucrum & solum damnum sentiat, quoniam ita alter non socius, sed minister futurus est. Limitatam inæqualitem dico, ubi utrinque in utriusque persona partes lucri & damni inæqualiter assignatæ sunt: quod fit dupliciter, uno modo uniformiter, veluti ut alter duas lucri duas damni, alter unam lucri unam damni partem ferat: quæ conventio valet. *§.1.in fin.Inst.h.t.* altero modo difformiter, ut ad alterum lucri partes duæ, damni una, ad alterum lucri, pars una damni duæ pertineant: quæ conventio licet ab æqualitate magis discedens, valere tamen dicitur *in §.de illa, 2.Inst. h. t.* ex sententia Servii, quia pactis alterari & variari potest contractus etiam extra naturam suam argum *l.24.& 26.depositi.* adeo quidem ut etiam hæc conventio valeat, ut alter lucri partem tantũ, nullã damni partẽ ferat *d §.2.v.& adeo.* sub limitatione tamẽ, quæ & posteriori casui *d.2.& pr.in l.30.h.t.* subjicicitur, ut lucrũ non nisi illud intelligatur, quod deducto & compensato computatoque damno superest: quoniam alio sensu ita societatem contrahi non posse, ipse admisit Servius, ut traditur *in d.l.40. in pr. h.t.* si scilicet non deducto damno lucrum computetur, & ita separatim lucri & damni ratio ponatur. Exempli gratia, si Titius & Mevius, inter quos contracta societate mangonica, ut ille duas lucri, tertiam damni partem ferret, convenerat, singuli trecenta contulerint, & sexcenta illa in emtionem viginti equorum impenderint, & ex decem equis venditis 600. confecerint, reliqui 10. equi morbo vel casu perierint, lucrum in decem equis venditis facit 300. & damnum item in reliquis 10. equis deperditis facit 300. Hic si separatim lucri & damni ratio ineatur. Titius juxta pactum ex lucro trecentorum habebit 200. Mevius non nisi 100. in damno autem Titio tantum imputabuntur 100. sed Mevio 200. Atque ita fiet ut Titius in universum 400. Mevius 200. consequatur, & ita ille supra sortem 100. habeat, hic ex sorte 100. amittat: quod ut æquitati & æqualitati: ita naturæ societatis plane adversatur. Et ita acceptam sententiam mutii, quod talis societas contrahi non possit; probavit Servius *in d.l. 29. in pr.* Hoc modo autem valebit, ut diversis casibus confuso damno & lucro, ex eo quod sortem excedit & solum pro lucro habendum est, Titius duas partes habeat, vel si damnum acceptum sit, non nisi tertiam ejus partem sentiat: veluti in casu proposito, ubi sexcenta ex decem equis confecta. & decem equi amissi sunt, cum compensato damno, nullum supra sortem sit lucrum, uterque salva sua trecenta habeat. Quod si ex 10. equis 900. redacta sint, ex trecentis quæ sortem superant. Titius 200. Mevius 100. consequetur & ex adverso si ex decem illis equis tantum 300. confecta, & ita trecenta amissa sunt, Titio tantum 100. Mevio 200. imputabuntur, & hoc modo ille 200. hic 100. recipiet. Quod ead. proportione in specie *d.§ in f Insti.h.t.* observandum erit, si ut alter lucri partem ferret, de damno non teneretur,

fuerit conventum: ita videlicet, ut si in una specie simul damnum & lucrum factum sit, minime ad alterum solidum damnum, ad alterum pars lucri spectet: sed si omni compensato & deducto lucro damnum tantum supersit, id alter tantum sentire teneatur: veluti si cum singuli 200. contulissent, omni deducto lucro 100. perierint, ea alteri tantum imputentur, alter sortem suam & 200. integra habeat. Hæc ad explicationem loci obscuri *in d. §. 2. Instit. h. t. & in l. 29. & 30. D. eod.* paulo prolixius annotare visum fuit.

LIT. C. & D.

Quod hic proponitur, sub th. XI. tradendum erat, sub illa specie dissolutionis, quæ fit morte. Actio quidem pro socio in hæredes transit, hactenus, si quid à vivo præstandum fuit, sed non ipsa societas, quæ mere & purè personas contrahentes adstringit: cum etiam alias vulgatum sit, quod propter discordiam præcipuè, quam parit communio, ipsi quoque socii, ut velint salvo eo quod cuique interest, societati renuntiare possint, de quo *d. th. 11. lit. A.*

Et ergo ut hæredes societatem continuare aut de novo contrahere cogantur, pacto effici non potest, nec etiam jurato, quodvis juramenti ad hæredes pertingere, & eos ad finitam morte societatem redintegrandam adstringere non possit Alia ratio est, cur improbetur pactum de non dividendo, de quo *thes. 11. lit. D.* de quo agit Gail. non bene hic allegatus *2. observ. 24. nu. 7. & Costalius in l. 14. h. t.* quoad illud quod de jussu testatoris proponit Tr. magis dissentit, quoniam jussum parentis testatoris vult limitari *ex l. 14. in f.* nisi socius sit injuriosus & rixosus: *& Mozzius colum. 4. de natural. societat. nu. 28.* pacto quidem jurato non posse obstringi hæredes tradit, sed jussum patris de continuanda societate etiam sub pœna adjecta valere censet. Ego ita statuo, recte facturum filium, si consentiente superstite maneat in societate, sed præcise cogi non posse: quod si enim pactum licet juratum non efficit quo minus ipsi jurati à societate discedere possint, multo minus aut ex pacto ipsorum defunctorum aut jussu obligabuntur hæredes. Quod si sub pœna pecuniaria communionem sanxerit testator, interesse dicam, an renuntiatio fiat ex justa causa, & pœna non committetur *arg. d. l. 14. in f.* aut citra causam, & pœna committetur, sed renuntiatio tamen valebit: quomodo alias semper renuntiare licet libere, sed ut socio ad interesse teneatur *per d. l. 14. h. t.* Et hinc nec probo sententiam *Ioann. Fabr in §. solvitur. Inst. h. t.* quod ex iuramento sociorum obligentur hæredes Jure Can. quoniam iuramentum est mere personale: quin nec ipsos iurantes ad præcisam continuationem societatis teneri existimo, nec jure Can. quidem, licet ille qui sine justa causa renuntiat, pro perjuro sit habendus. Neque erat cur tantopere miraretur Iohan. Fab. pacto hæredes obligari non posse, quia partim propter incommoda communionis, præcipuè vero propter præcisam personalitatem, quod singuli singulorum industriam requirunt, hoc est receptum, tum quod continuatus hic quidam contractus est, imo quasi infiniti & novi singulis momentis propter fructus perceptos vel impensas factas. damna vel lucra obvenientia, emergentes obligationes: quæ faciunt ne ipsi socii ulla pactione, quo minus à communione abire possint, sibi valeant præjudicare.

THESIS X.

LIT. A.

Ait quod socius socio rationem quandocunque reddere teneatur. Id quidē repugnare videtur ei quod supra dixit *th. 8. lit.* B. societati repugnare subductionem rationum. Verum ibid, falsum esse probavimus & possit sententia Tr. hoc loco ita commode explicari, ut certus terminus hujus rei nullus sit: verum Bal. quem pro se citat Tr. referente Mozz. *coll. 4. n. 29.* existimavit ind. stinctè quocunque tempore rationes peti posse. Quod mihi absurdius paulo videtur. & magis probo sententiam Mozz. quem male improbat Tr. qui distinguit inter petitionem de exhibendo libro rationum, & inter veram exactionem rationum cum repræsentatione pecuniæ & reliquorum. Quod quidem desiderium ad societatis dissolutionem spectare videtur arg. *l. act. 65. in pr. h. t.* Sententia autem Bart. & Petri de Ubald. quos improbat Tr. ut qui pecuniam mercatori dedit ad lucrum & damnum, non in singulis annis rationes exigere possit, licet non satis probetur *ex l. neminem. C. de susceptor. lib. 10.* attamen improbabilis non est, nisi specialis causa mutuandæ exactionis incurrat.

LIT. C.

Quod lit. B. additur de cautione damni infecti inter socios, remitto ad *part 2. disp. 18. th. 5.* propositionem autem hujus lit. C. quod singuli in solidum teneantur veram puto *ex l. 4. §. 1. de exercit. act.* quod perinde sit atque si singuli eum præ-

præposuissent. Et mirari licet judicium *Gail.qui ex l.plane.24.h.t.* ubi periculum dicit esse comune.contrarium probari existimat: quoniam qui in solidum exactus est, partem imputabit societati,& instituta actione pro socio consequetur, & ita periculum commune erit.

THESIS XI.

Ait societatem finiri dissensu mutuo, idque ex personis rebus, &c. perinde atque hæc sub dissensu mutuo continerentur, Quod contra est, & ea dissensui opponuntur. Sed & in distinctione ICti *l. 63.* non videtur satis accurata oppositio voluntatis & actionis, nec recte voluntas explicatur de renuntiatione, quia etiam mutua voluntas quædam est, quæ minus recte appelletur renuntiatio. Dicam dissensum sive voluntatem esse vel mutuam, eamque declaratam vel verbis, vel factis juxta *l. 64. h. t.* vel alterutrius, quæ in specie dicitur renuntiatio,& rursus fit vel verbo, vel facto, instituta actione *l. 65. in pr.* Fit autem renuntiatio vel tempestive vel legitime, finita causa societatis, aut propter Personam socii *l. 14.h.t.*& hic omnimodo valet: aut intempestive,& valet quidem, sed actione pro socio ad interesse renuntians tenetur, qui sensus est *l. 14. h.t.* quoniam præcise in societate nemo manere cogitur, His modis addenda est mors sive naturalis sive civilis lit.B.& rerum in quibus societas consistebat interitus juxta lit. C. ubi vera est sententia, solo lapsu facultatum non solvi societatem, sed postquam de totali lapsu publice constiterit, de cujusmodi egestate recte accipitur *l. 4.inf. h.t.* Illud quoque lit. E. de proponenda denuntiatione recte se habet in terminis positis à Gomez. quo ad eas personas, quibus communiter cum sociis contrahere jus & mos: cæteroquin ex socii contractu socius non obligatur: neque probanda distinctio Castrensis, an societas simpliciter, an ad certum tempus contracta sit: quia creditores justissimam facti illius alieni ignorantiam prætendunt. Et hoc quidem ad omnes modos præcedentes, quibus societas dissolvitur, referendum est.

THESIS ultima.

LIT. B.

Generalis.] Non debet actio pro socio simpliciter generalis dici, cum etiam unius rei possit esse societas *l. 5.in pr. h.t.* Et sicut quod *in l. 38.* actio mandati specialis dicitur non propterea nulla est generalis, ita quod pro socio generalis dicitur, inde nullam specialem esse minime sequitur, licet verum sit in hac actione plerumque de pluribus capitibus tractari.

LIT. D.

Quod hic proponitur, invertendum est, quod actio pro socio regulariter finita societate detur, *ex l.tamdiu.* ubi id notant omnes *Codic.hoc tit.* & *l. actione.65.in princip.* ubi institutio actionis dicitur esse argumentum renuntiationis, quo casu eleganter Salicetus *in d.l.* tamdiu, intellectu finitam ait societatem: & *gloss. in d.leg.65.§. penult.* verbo nonnunquam. Exceptionem recte tradit Salicetus, si non expediat solvere societatem, nec socius lucra vel fructus in commune conferat, quorum communicatio hac actione petatur *argument.dict.leg.65.§. penultim.* Addendum & hoc si in Societate sint res communes, citra quarum divisionem abiri societate non possit, nec socii inter se conveniant, isto casu cum communi dividendo agendum sit, quoniam actio pro socio mere personalis hoc non recipit, soluta societate actionem pro socio non esse, siquidem in judicio comm. divid. utpote mixto, sicut fieri debet præstationum personalium jam fuerit habita ratio. Illud enim huc pertinet, quod ab aliis affertur, actionem pro loco dari, ut res, de quibus convenit conferantur: quia hoc ad constituendam societatem pertinet, ad quod tamen non præcise, sed ad interesse magis agi potest: & videtur hoc intelligere Treut. his verbis, *ut compleantur quæ in societate debentur*: licet ea homonyma sint,& à Treutl. ad casum finitæ societatis accommodentur: ut fortassis suspicari liceat, errore typographi verba, *hoc illud*, locum inter se commutasse.

Ad

DISPUTATION. XXVIII.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

THESIS I.

LIT. A.



Oc inferiore recte, quod contractum hunc unum esse dicit, sed minus recte inde inferri dicit ad distinctionem emptionis & venditionis considerata, correlative & rerum atque personarum. Quoniam hoc non tam ex hujus contractus unitate sequitur,

quam

quam ex ipsa natura contractuum omnium, qui non nisi inter personas duas ad minimum diversas, & super diversis præstationib. celebrari possunt. Sed & circa vicissitudinarium usum verborum *emere, vendere, emtor, venditor,* non recte sequitur Rob, qui putat eundem ratione pretii emptorem & ratione rei venditorem dici posse: quod quidem à veritate, verborum proprietate & usu juris abhorret: & si quando hæc verba confusa & unum pro alio positum reperitur, illud abusive, imo per errorem & quasi ab aliud agentib. ICtis aut Impp. factum existimo. Neq; facit pro Roberto aut Treutl. *l.19. d. act. empt.* cujus ea simplex & verissima est explicatio, non ut Cujac. putat, quod veteres locationis & venditionis itemque conductionis & emptionis verbis promiscue fuerint usi, non etiam ut Robertus, quod veteris locationis, conductionis, emptionis & venditionis verba confusim & promiscue usurpaverint: sed quod veteres contractum hunc non semper emptionem venditionem conjunctim appellaverint, sed alterutro eorum verborum totum contractum intellexerint, quæ explicatio non displicet Donell. 13. *comm.* 1. ex quo facilius abusio horum verborum defendi potest, & simul actiones ex empto & vendito, arg. *l. un. C. si servus extero l. 1. C. sine censu vel reliquis & c. l. 26. de evict. l. 13. §. 25. d. act. empt.*

LIT. B.

Ait in th. quod emptio venditio ad leges XII. tabb. relata omnem alienationem comprehendat, hac subjecta ratione, quod omnis mutatio & translatio familiæ per emptionem, quæ tamen fere imaginaria tantum erat, fuerit celebrata. Ubi primo non recte appellatione familiæ quasvis etiam res singulares significat. Secundo in venditione proprie dicta utique falsum est, quod tantum imaginarie nexus per æs & libram intervenerit. Tertio ex ratione juris antiqui distinguendum est inter res mancipi & nec mancipi, quæ citra nexum & mancipationem, per cessionem vel aliis modis & simplicem etiam traditionem ex justa caussa transferebantur *Ulpian. in fragm. tit. 29. § 6.* & usu quodammodo in dominum quiritanium transibant, quod vel illo Horatii confirmatur *ex lib. 2. epist. ad Iul. Flor.*

Si proprium est quod quis libra mercatur & ære Quædam si credis consultis mancipat usus.

Quarto etiam res mancipi citra nexum transferebantur, sed ita ut dominum nudum pedes tradentem remaneret: quæ probantur *ex Ulp. tit. 20. & Caio lib. 1. Inst. tit. 6. Revard ad ll. XII. Tabb. c. 16 de mancip. Hott ad ll. XII. Tabb. p. 3. Marcell. ad ll. XII. Tabb. c. 14. & 15.* Quinto non sequitur alienatio rerum fit interveniente imaginaria venditione. Ergo ipsa emtio alienationem quamvis significat: siquidem & in testamento solenni mancipatio & nexus intercedebat: adeoque accuratius loquendo dicendum esset, non quod alienatio quævis emptionis verbo ex l. XII. tabb. contineatur, sed quod l. XII. tabb. omnes alienationes interveniente specie quadam venditionis voluerit celebrari: licet etiam non desint, qui solennitates illas nexus & mancipationes non ex l. XII. tabb. esse, sed à ICtis, qui etiam autores sunt solennium legis actionum existiment introductas. Cæterum quod ad confirmationem illorum, quæ de nexu & mancipio & imaginaria venditione dixerat, adducit, eoq; pertinere existimat responsum ICti *l. 29. de stat. lib.* procul dubio errat: quoniam cur in ea specie emptoris verbo contineatur etiam alius, ad quem servus statu liber, cui testator sub lege dandi aliquid libertatem reliquerat, pervenit, non hæc ratio est, quod imaginaria venditione alienatio perficeretur, sed quia cum statu liber, utpote interim servus vendi possit. *l. 25. d. stat. lib.* fraus voluntati defuncti fieri potuisset & libertati, nisi & ei in quem per donationem aut permutationẽ translatus fuisset, dando liber fieri potuisset. Et l. XII. tabb. cujus mentio *in d. l. 29. d. statu lib.* hanc sententiam fuisse apparet, ut statu liber emptori dando liber efficeretur, *ex tit. 2. Ulp § 4. de sta. lib.* sub hac conditione, inquit, liber esse jussus, si hæredi 10. dederit, etsi ab hærede abalienatus sit, emptori 10. dando ad libertatem perveniet, idq; lex XII. tabb jubet: cui addenda est *d. l. 25. de stat. lib.* statu liberos, inquit Modest. l. XII. tabb. venundari posse putaverunt: scil. ut recte Hottom. ad hoc caput l. XII. tabb. non expresse, sed necessaria cõsequentia, & eo ipso, dum dando pecuniã emptori conditioni satisfactum existimaverunt. Posita igitur l. XII. Tabb. sententia, quod servus emptori dando liber fiat, quærebatur, quid juris, si servus donatus vel permutatus proponeretur: & scil. ratio facit, quæ est anima legis, ut etiam donatario servus dando liber fiat, quod aliàs, ut diximus, libertati fraus nullo negotio fieri posset: idq; est quod dicitur *in d. l. 29. d. stat. lib.* emptionis verbo omnem alienationem comprehendi, id est, quod de hoc capite super emtione sancitum est, in quibusvis alienandi modis obti-

obtinere, etiam, ut disputatur *in d.l.29.* si cui per sententiam hæreditas fuerit addicta. Illustratur hoc *ex l.8.§.11.quibus modis pign.solv.* ubi quod de venditione dictum est, ut si creditor in eam consentiat, pignus remisisse intelligatur, etiam locum habere in legato, &c. *ex l.23.§1.d. liber. caus.* quod de venditis servis dictum est, etiam ad donatos & in dotem datos pertinere: quod non venditio donationem dotis dationem, aut, quod absurdum esset, legatum comprehendat, sed quod de venditione lege vel edicto sancita, ex identitate rationis & æquitate ad alias etiam alienationes porrecta fuerunt, perinde ac si nominatim de iis quoque edicto vel lege comprehensum fuisset: ut proinde vitiose Treutl dd. text. *in l.8 & 23.* ad confirmationem sententiæ suæ adducat. Cæterum ex hac verissima explicatione sequitur malè à Dd. quos refert & probat *Mozzius hic colu.1. num.* 50. regulam constitui affirmativam ex *d.l.29.* quod emptionis appellatione alii contractus contineantur: quoniam regula statuenda est negativa non contineri, nisi mens loquentis sive hominis sive legis, militante ead. ratione aliud suadeat. Atquin cum Treutl. affirmativam ipse regulam ponat, non animadverto, quæ ipsi causa fuerit improbandi Dd. Quod si enim ipsos emptionis verbo, quoscunque contractus v. c. depositi vel commodati, contineri statuere existimat, perspicue ipsis injuriam facit, quoniam ut cit. loc Mozz. tradit, non nisi de contractibus, quibus dominium transfertur, hoc affirmant. Et sane accuratius dicitur, contractus hos, quam alienationem sub verbo emtionis contineri, quoniam non emtio, sed traditio ex causa emtionis aut venditionis, alienatio est. & emtio quidem cum contractu, traditio cum alienatione conferenda est.

LIT. D.

Quæ à permutatione originem sumpsit.] Vel quia permutationis locum quasi successit emtio, vel quia vitium permutationis causam præbuit inventioni nummi & introductioni emtionis: quoniam non semper nec facile concurrebat cum eu haberes &c. ut eleganter tradit *Paul. in l. 1. de contrah emt.* & elegantissime *Arist.5. Ethicor.* nummum appellat sponsorem futuræ indigentiæ: quoniam venditor pro nummo, quem accipit, securus fit, se vicissim re qua indiget, quandocunque potiri posse.

Quod illa vetustior.] A tempore non potest desumi essentialis differentiæ ratio. rectior est, altera *d.l.1.h.t.* quod in emtione pretium intervenit; & ex jure nostro tertia, quod permutatio re contrahitur. *l.1.d.rer.permutat.*

Unde constat.] Quod hic proponit, non satis video, quomodo ex secunda jam dicta differentia deducatur. Sed & quod ait, contractum hunc simpliciter & absolute juris gentium esse, cautione & explicatione opus habet: quod non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri possunt. Sunt quædam ab ipsa ratione recta deducta, quoniam per discursum & exigente necessitate inventa, & ut eleganter 1. *Polit. Aristot.* ait, quoddam jus gentiū est καθ' ὁμολογίαν, id est, ex tacita quadam conventione & consensu omnium vel plerarumque gentium: ex quo numero sunt iura contractuum & dominiorum *l.5.de iust. & iur.* Sed & amplius nec omnes contractus simul vel apud diversas vel apud easdem gentes, nec eod. gradu perfectione aut forma recepti fuerunt. Quomodo permutatio prior fuit emptione, quæ ab initio apud Roman. qui usi fuerunt ære gravi, pecuniam appendendo; unde solennitas libræ in nexu, post. eam numerando, perfecta & celebrata fuit. Quib. consequens est etiam nummum ad jus gent. omnino referendum esse, & verissimum quod Tr. ait, ejus usum civitate Romana fuisse antiquiorem: quod absurdum sit existimare, Græcos, Assyrios, Pœnos, Israelitas, Ægyptios hoc contractu usos non fuisse, & de Græcis argumentum fortissimum præbet, quod Plato, & præsertim *Arist.1. polit. & 5. Eth.* multa disputat de nummo, cui constat ignotam fuisse Remp. Romanor. qui tum temporis Olympia circiter 110 necdum vicinos sibi populos Latinos & Samnitas plane imperio suo subjecerant. Idque adeo perspicuum est, ut persuadere mihi non possim aliquem interpretum hinc dissentire, & putem falli Tr. qui multos dissentire ait refutatos à Pinell. qui tamen *cit. loc. c.1.* nullum hujus sententiæ autorem nominatim laudat, & nominatim Treutl. injuriam facit *gloss. in eas. d. cap. minut.* quæ non pretium, sed formulam actionis ex emto à jure civili esse affirmat. Attamen ad probandam istam opin. non satisfacere videtur locus ex Jeremia, qui vixit sub Rege Josia, cuius initium incidit circiter in an 18. Anci Marcii 4. Romanorum regis: quamvis hactenus faciat, quod Judæi à Romanis, quorum perangusti tum erant fines, hoc accipere non potuerunt. Illa fabella est, quam refert Pinellus ex Alberic. quod pater Abrahæ iussu Nini regis Assyrior. primus mone-

tam fecerit: quamvis non abhorreat temporis ratio, quod Eusebio teste *lib. 2. Chron.* Abrahamus natus fuerit anno 33. imperii Nini idem Pinell. *eod. loc. nu.* 30. ridicule se torquet in explicando, quinam sint nummi Philippi vel Philippici *in l. 27. §. ult. d. aur. & arg. legat.* quod vel pueri hodie ipsum docuerint.

LIT. E.

Contractum permutationis hic appellat contractum alienationis: non satis accurate: quoniam nullus contractus qua talis est modus adquirendi vel transferendi dominium, neq; hoc permutationem constituit consideratam ut contractum, quod alter dominium rei consequitur, sed quod accipiens, ad dandum, de quo convenit, vel ad interesse obligatur, quam obligationem dans sibi acquirit. Eadem ratio mutui est, quod eo respectu contractus dicitur, quatenus dans alium ad tantundem restituendum obligat: quod eodem modo proportionaliter cæteris contractibus, qui re ineuntur, accommodandum est. Neque moror *l fin, C. d. pact. int. empt. & Justin.* aliàs parum accuratus harum rerum observator ipsam rei traditionem, & differentiam permutationis ab emtione respexit.

Eaq; de causa favorabilior.] Non video rationem connexi: emtio perficitur consensu, permutatio re: ergo illa est favorabilior: & dixerit quis potius favorabilius esse, ut actio detur ubi res jam tradita, & contractus ab una parte impletus est, quam ubi res consistit in nudis terminis consensus: de quo etiam infra *disp. 30. th. 5. lit. A.* ubi quæritur, an in dubio emtio an permutatio uideri debeat contracta.

Eatenus.] Ait eatenus emtionem dici consensu perfici, quod consensus ille utrinque & rem & pretium complectatur. Sed nec hæc ratio vera videtur, quoniam in omnibus contractibus oportet consensu aliquod objectum comprehendi: neque sequitur, quod si consensus complectitur ea, quæ ad conventionem pertinent, propterea solo consensu perficiatur contractus, sed, quæ perspicua & vulgata ratio est, ut contractus consensu perfici dicatur, necessum est, ut solus consensus ad actionem producendam efficax sit: cæteroquin etiam in pacto permutationis consensus rem utrinque dandam complectitur.

THESIS II.

LIT. A.

Dubito an satis accurate dicatur, de tribus istis essentialibus consensu re & pretio: quia non æqualiter hæc ad constituendum hunc contractũ concurrunt, consensus præsens est, rei & pretii dato confertur in futurum, & omnino contractus ipse à re quæ in eum deducitur, diversus est, neque opinor recte quis dixerit, facta & res super quibus stipulatio interponitur *§. pen. Inst. d. V. O.* esse essentialia stipulationis. Simplicius igitur forte quis dixerit, contractum constitui solo consensu, sed hunc consensum versari circa duo, rem & pretium.

LIT. B.

Quod hic traditur, pro emtione habendum esse, si quis dicenti, volo tibi hanc rem vendere pro centum, respondeat, se tanti emere velle, defenditur propter maximam affinitatem pactorum nudorum cum contractibus istis, qui consensu constare dicuntur; neque tanti momenti habendum est, an quis dicat vendo, an volo vendere: itaque fortius dixero, etiamsi interveniant hæc verba, vendam, emam, si modo de re & pretio constet & conveniat, esse emtionem: licet taliàs ex circumstantiis aliud aliquando statuendum esse, non negaverim. Plane in specie à Tr. proposita verbum, *volo*, etiam præsentis temporis rationem habere potest.

LIT. C.

Nobilis nec hic satis expedita licet in praxi decisa movetur quæstio, an venditor, qui potestatem tradendi habet, præcise tradere teneatur. Videamus paulo latius, quid pro utraque sententia dici possit. Affirmantem sententiam sequuntur *Br. Salicet. in l. 4. C. de act. emt.* & vulgo Dd. & post eos *Cujac. ad Paul. 1. sentent. 13. Anto. Fab. 6. conject 17. & de error pragmat. decad. 22. err. 4. Bocerus el. 1. disput. 2. th. 8. & 9. Treutl hic.* Negantem præter allegatos à Tr. tuentur *Donell. in l. 72. de V. O. Duar. de in lit. iur. num. 22.* & retractata priori sententia *Anton. Fabr. decad 85. err. 4.* eamque olim fuisse Bulgari Iohannis, Azonis & Hugolini sententiam refert *Salicetus in l. 4. C. d. act. emt in pr.* Pro affirmante affertur 1. æquitas rei, cui minime conveniat frangere fidem. 2. natura correlativorum quod emtor præcise pretium solvere teneatur. Tertio Paul. 1. sentent. 13. quod venditor cogatur tradere vel mancipare. 4. *l. 68. de rei vindic.* quod manu militari res contumaci auferri possit. 5. *§. 2. inst. de donat.* ubi donatio & venditio pariter necessitatem traditionis habe-

habere dicuntur, vix autem dubitatur, quin donator præcise tradere teneatur. 6. textus quibus traditur, quod venditor teneatur, ipsumque oporteat rem præstare, & vacuam possessionem tradere *leg.* 11. *&* §. 2. *&* *l.* 30. §. 1. *de act. empt. l.* 68. *in f. de contrah. empt.* §. 1. *Inst. eod.* ubi additur verbum *omnimodo*. 7. *l.* 6. *Cod. de rescind. vend.* ubi negatur rescindi contractus, etiamsi venditor offerat duplum, quam quantitatem non excedit ad interesse *arg. l. un. C. de sentent quæ pro eo quod interest*. 8. quod aliud pro alio invito creditori solvi non potest. 9. quod cum periculum rei sit emtoris, de quo postea absurdum sit, eum rem si velit, consequi non posse. 10. adducitur jus feudale, ex quo dominus præcise feudum tradere tenetur. Denique plurimum facere videtur, quod quæ res in judicium deducitur, super qua formula datur & litis fit contestatio, super ea etiam recte sententia ferri, & in eam omnino condemnari posse, reus videtur, neque dubium est, quin in actionem ex emto ipsa res recte deducatur. His argumentis ita responderi solet aut potest: & ad primum, convenire bonæ fidei, ut res tradatur, sed id propterea necessitatis præcise esse, minime consequi: nam & ita mandatarius intempestive, si modo interesse præstet, jure renunciat, sicut & in omnibus facti obligationibus ultra interesse debitor non tenetur: perspicuo argumento est, quod venditor etiam perfecto contractu, alteri rem tradendo, eum dominum facit *l. quoties. Cod. de rei vindication.* & maxime fidem rumpat, & crimen falsi incurrat l. 21. *ad L. Cornel. de fals.* ideo coercetur venditor, ut omne quod interest, præstare teneatur. In secundo arg. vitiosa comparatio est venditoris cum emtore, cujus diversæ sunt præstationes *l.* 1. *d. perm.* & ea est natura pretii & pecuniæ numeratæ, ut dominium ejus omnino trāsferendum sit, cum neque aliud habeat, quod in locum ejus succedat. Porro sententiæ Pauli, ex quibus tertio loco textus afferebatur, illustrant, sed non probant, & ipsa res loquitur, & Cujacius cum aliis hoc notat, sicut Caji & Ulpiani fragmenta, ita sententias Pauli variis in locis & variæ præsertim ab Aniano, qui sub rege Gothorum breviter eas interpretatus est, fuisse interpolatas: sed nec necessum est, ut locus ille Pauli de præcisa necessitate explicetur. Quarta ratio desumta ex l. 6. 8. *d. rei vind.* removeri solet per distinctionem inter actiones reales & personales, item eas quib9 dominus ipse vel alius contra dominum experitur, & inter eas obligationes, ex quibus omnino dominium transferendum, & ex quibus satis est præstare habere licere. Ex quo etiam solvitur ratio quinta *ex* §. 2. *Instit. d. donat. per l.* 9. §. *ult. de donat. & leg.* 25. §. *h. t.* ut proinde *in d.* §. 2. comparetur venditio cum donatione, quoad necessitatem præstationis & ius agendi, non autem quoad præstationis identitatem: quod nihil aliud eo loco significat Iustinian. nisi quod sicut ex venditione, quæ nudo consensu perficitur, actio est, ita quoque ex conventione nuda de donando, efficacem esse actionem, cum olim stipulatione esset opus. In sexto argumēto phrasis illa, *oportere rem tradere*, non recte accipitur & explicatur: neque enim ea inferunt præcisam necessitatem, sed docent ad quid emtor agere possit & debeat, & ex natura obligationis venditor teneatur, qui dubio procul contra bonam fidem facit, si rem non tradiderit: ad quod si non teneretur, nec ejus nomine ad interesse conveniri posset, eademque sententia est Iustin. *in* §. 1. *hoc tit.* cujus ibi tantum propositum est ostendere, quod perfecta sit venditio. & alibi quoque ibi loquuntur ICti, ut dicant aliquem debere aut oportere facere, ut ea tamen non statim subjaceant præcisæ necessitati, quæ exempla cumulat *Vaud.* 1. *quæst* 9. & possunt ea verba eo quoque referri, ut significent, quod obligatio venditoris ejus generis sit, ut res præstetur, non ut dominium transferatur. *argum. l.* 30. §. 1. *de action. emt.* ubi hæc inter se opponuntur. Porrò quæ septima loco adducitur *l.* 6. *Cod. d. rescind. vend.* recte de eo casu accipitur, quo res amplius integra non est, ubi videlicet vel res à venditore tradita, vel pretium ejusve pars ab emtore soluta, & à venditore accepta fuit: magnus autem effectus est soluti pretij ut apparet *ex l.* 72. *d. rei vendic. l.* 14. *de publ act. l.* 1 § 2. *de except. rei vendit. l.* 12. §. *ultim. in f. & leg.* 25. §. 1. *de usufruct.* Ad octavum argumēt. responsio facilis est, quod interesse ipsum quoque deberi intelligatur, & utique in locum rei ipsius succedat, jure ita constituto, ut hoc modo contumacia etiam rei coerceatur. In nono consequentia laborat, quoniam præsumtio est pro venditore eum rem traditurum, quam cōpetente statim actione cum non petat emptor, hoc ipso est in mora, eoq; periculum ad ipsum spectat, quod ex adverso non tradente venditore statim cessat, & satis consultum est emtori, cui in omnem evētum pecunia salva ad interesse

actio conceditur *l.1.in princip.d.actio.empt.* constat utique, quod venditor rem alteri tradendo efficere possit, ne rem ipsam emtor consequi queat. Decimo loco à jure feudali, siquidem ex eo satis liquido quod proponitur, probari potest, non sequitur consequentia ad jus civile, & conditores juris feudalis, hac in re communem opinionem Dd. sequuti videri possunt. Vltima ratio majoris momenti esse videtur, ꝙ condemnatio ejꝙ in actionē deductū est, debeat respōdere vel quia cōformis libello ferenda sententia est, vel quia judex formulā præscriptā excedere nequit, uti que autem, cum perfecta venditione rei periculum ad emtorem spectet, ipsam quoq; in actionem recte deduci consequitur: & omnino firmatur hæc ratio *ex l.ult. C. de fideicommis. libertat.* ubi Justinian. miratur judicem, qui reo servum petitum tradere nolente in æstimationem condemnavit, adeo quidem, ut ejusmodi judicem stultum appellet. Sed tamen videamus: ne forsassis ista consequentia solida non sit, nec satis concludens quæ à formula petitur ratio, quæ scilicet, sicut aliàs, ita in actione emti, non hæc fuit, si apparet, venditorem debere, ad ipsam rem tradendam condemna, sed simpliciter, si apparet eum debere, condemna. Et utcunque in actione depositi commodati, &c. ipsa res petatur, tamen propter contumaciam rei actore in litem jurāte in aliud fit condemnatio, quod & in terminis nostris traditur *in l.20 infr. pr. quib. mod. pign. solv.* neque solvit nodum, si hæc volente actore fieri dicas quoniam si propter formulæ conditionem necessum esse præcise condēnationem petitioni respōdere, nec voluntate quidem actoris diversum obtineri possit. Accedit huc *l 91. §. ult. ad V.O.* quæ docet hominem, qui post mortem perijt, ipsum petendum esse licet hic non nisi in æstimationem reus condemnari possit. Porrò Justin. *in l.ult. C. de fideicommiss. libert.* tractat casum specialem servi legati sub hoc modo, ut eum legatarius manumittat: quo si hærede eum præstare recusante condemnatio fieret ad æstimationem, libertas interverteretur: neq; novum est rationes generaliter cōceptas ad casus suos restringi: cæteroquin ego mirarer Justin. exclamātem, ꝙ judex in ipsam rem petitam præcise condēnare teneatur: nisi quis existimet, de eo casu loqui Justin. ubi cum fortassis reus rem daturus omnino esset, judex tamen super æstimatione fert sententiam. Sed Ant. Fab. ut rationem & textum istū evitent decad. 85. cap. 7. affirmat (ita se habēt verba ipsius) nunquam rem ipsam quæ dari debuit in actionem & judicium deduci, sed semper ejus æstimationem, & aliud deduci in actionem, quam quod fuit in obligatione: idque fieri ait potestate litis contestationis, per quam nova obligatio, diversam à præcedente habens naturam, inducatur, adeo quidem ut res ipsa debita amplius solvi non possit. Quæ ibidem latius proposita non tantum *d. l. ult. C. de fideicommiss libert.* sed omnino & rationi & juri contraria, absurda inepta & manifesto falsa sunt: neque dubium, quin res in obligationem deducta, in quo ut paulo post dicemus diversa ratio factorum est, ipsa peti possit & debeat *l. 91. §. ult. de V.O. l.10. in pr. quibus mod. pign. solv.* cum alijs innumeris, idque ipsa ratio & natura actionum, sive in rem, sive in personam, velut ex stipulatu, commodato, deposito, ostendit, neque prætor super alia re, quam quæ petita est, actionem concedere potest: neque illud dubium, quin reus rem petitam post litem contestatam offerens, debeat absolvi *arg. § ult. Institut. d perpet. action.* cum etiam multa intervenire possint, quæ reum judicium suscipientem, à dolo & culpa excusent. Litis autem contestationi, ejusmodi effectum commentitium, contra ipsius rei naturam & ipsam rationem tribuere, ridiculum est: neque vera per eam contrahitur novatio, nisi quatenus secutura condemnatio, & nova enascens judicati actio consideratur. de quo agitur infra p.2. dispu.29. th.5. idq; ipsum multis verbis contendit ipse Faber *in leg. 7. §. si procurator. 9. de dol. mal.* rursus autem diversus 16. *coniect.* 14. sicut ille solet, quicquid in buccam venit, & scopo suo deservit, temere effutire, & lectori incauto, cujus patientia misere abutitur, obtrudere. Verum ut ad quæstionem nostram revertamur, solent ista ad rationes affirmantis sententiæ respondere. Sed ne quid dissimulem non satisfacit mihi, quod ad quartam & quintam proponitur de diversitate actionum realium & personalium, earum quibus dominus vel non dominus agit, & denique earum obligationum, ex quibus dominium transfertur, & ex quibus sufficit præstare habere licere Nam præterquam quod dici possit, plus videri rationis, ut ille præcisè cogatur, qui ultro ad id se obligavit, quam possessor bonæfidei à domino conventus: nulla etiam si bene advertas solida ratio dari potest, ob quam reus potius, ubi actor domi-

nus

nus est, præcisè tradere teneatur; quoniam diversitas juris in actore, ad præstationem illam variandam solide concludere non potest, sed aliam diversitatem operatur, quod ubi de æstimanda re quæritur, altero casu simplex, altero iuramento actoris taxata præstanda venit, quod dominus invitus rem suam vendere cogatur. Amplius eadem ratione, quod ex obligatione dominium transferendum est, præcisam tradendi necessitatem inferre non possis: quoniam respicit tantum præstationis qualitatem, ita ut aliter obligationi non satisfiat a reo: alioquin satis est, hanc esse naturam obligationis venditi, ut ex ea conditio usucapiendi transferatur: nec proinde ulla dari potest solida differentiæ ratio, cur v. c. donator potius quam venditor præcisè dare vel tradere teneatur, cum potius magis hoc exigi debeat à venditore quam à donatario, cui satis geri videtur, si æstimationem accipiat: & omnino utrobique traditio eadem est, sed diversus ejus effectus.

Et hactenus de sententia affirmante: non pauciora pro negante afferri possunt, & 1. quod dicitur *in leg* 1. *in pr.* & *in leg* 11. §. *d. action. empt.* si res non tradatur, ad id quod interest agi, & reum condemnari. 2. adducitur *l.* 12 *d. action. empt.* ubi jactu retis vendito incertum ejus vel pisces æstimantur. 3. *l.* 4. *C d. action. empt.* ubi fit condemnatio ad interesse propter venditoris procaciam, quæ nihil aliud est, quam contumacia. 4. quod in obligationibus facti qualis ista esse videtur *arg. l.* 25. §. 1. *h. tit.* interesse præstando reus liberatur *l.* 13. *inf. d. re iudic.* quod nec depositarius aut commodatarius præcisè ad ipsam rem restituendam teneri videantur, quoniam contra eos juratur in litem. 6. ita colligi potest: si ex pacto de retrovendendo promissor non tenetur præcisè revendere, ergo neque ex venditione tenebitur: ratio consequentiæ sumitur à paritate rationis, & assumtionem late probat *Ant. Fab. de eod.* 22. *error.* 4. facit textus *in l.* 10. *in f. pr. quib. mod. ping. solv.* in qua specie facultatem tradendi habuisse venditorem, argum. est, quod jus pignoris in re vendita creditori salvum manere dicitur.

Denique *in l* 17. *C. d. fid. instrum.* ubi non obscure electio & arbitrium, ut vel rem vel interesse præstet, venditori conceditur. Videamus quid ad ista dici soleat, & possit.

Ad 1. conjungendam utramq; *L. in L.* 1. dicitur agi ad interesse. *in l.* 11. cōdemnari ad interesse ut inde vero simile fit in ea specie *d. l.* 11. ad interesse actū fuisse: sed & sæpe cōtingere potest, ut venditor interesse malit, & ita ultro condemnationem istam admittat: & denique possunt illa loca ad casum, quo tradendi facultatem venditor non habet, referri.

Secunda ratio facile expeditur, quoniam affectio ad rem, à qua dependet causa præcisè illius necessitatis, in specie *dictæ legis duodecim*, cessat. ubi lucrum solum non corpora piscium spectavit emptor: illud enim frivolum est, quod ab aliquibus, de piscibus ad cœnam aliquam opiparam necessarijs in medium adfertur, Ad *l.* 4. *C. d. act. empt.* respondent vulgò Dd. quod ibi venditor non habuerit tradendi facultatem, nisi forte, quia istam responsionem respuit verbum, *procacia*, (quamvis & hæc procacia sit rem venditam alteri tradere, & ita facultate juxta priorem conventionem rem tradendi se privare) ab aliis rectius dicitur, ibi emptorem ultro ad interesse egisse: eamque principalem illius L. esse quæstionem, emtore ad interesse agente, quomodo condemnatio & qualiter fieri debet, an interesse ab actore per juramentum in litem, an à judice æstimandum sit; idque est, quod ait *Anton. Fab.* 6. *coniect.* 16. *decidi in d. L.* 4. qvod in actione exempto non juretur in litem, de quo actum est *supra disputatione* 21. Ad quartum argumentum vulgata responsio est, & distinctio inter factum nudum & merum, quod citra operam hominis & membrorum applicationem perfici non potest, ad quam speciem facti pertinet. *leg.* 13. *inf. d. re iud.* & inter factum, ut ita loquar, prægnans, quod respicit rem, veluti traditio ex causa venditionis, quæ ab ea quæ fit ex causa donationis, parum aut nihil differre videtur, cum venditio quoqve sit titulus habilis transferendi dominij, & aliquando nec ex causa donationis transeat dominium. *arg. t.* 1. pro *don.* Ergo obligatio venditi cum alijs obligationis faciendi minime est comparanda, nisi forte hactenus, quod utrobique præstatur id, quod interest non autem sicut ex causa donationis, æstimatio, quoniam hæc ipsa est in obligatione emptoris: cæterum quæ in vno conveniunt, non ob id in omnibus convenire, necesse est. Sed instari potest ex *l.* 72. *in pr.* & *ex l.* 75. §. 7. *de V. O.* ubi fundum tradere, cum alijs iisque puris factis conjungi-

tur. Dupliciter huic instantiæ occurri potest: 1. quod in istis textibus de hoc principaliter tractetur, quæ stipulatio dividua aut individua sit: & hactenus recte facta illa comparantur, quod ipsa per se non recipiunt divisionem, sed ratione subrogati, ejus quod interest, recipiunt: licet enim venditorem præcisè teneri statuamus, aliquando tamen de præstando eo quod interest, quæri posse, constat, & aliàs à comparatione secundum quid, non potest inferri similitudo absoluta. Deinde dici potest, quod in hac obligatione, fundum tradi, duo possint considerari, fundus ipse, quem haud dubie principaliter habere intendit emtor, parum solicitus de modo: & ipsum factum tradendi, quoniam ex ejusmodi causis, quibus neque dominium neque jus usucapiendi transfertur, fundus tradi potest, veluti precario rogans vel commodatarius, rem sibi tradi, etiam à quovis possessore stipulari possunt. Enimvero, ut paulò ante dictum, ubi causa ad transferendum dominium habilis est, eadem plane est traditio, sive ex vendito sive ex donato fiat, & ea utique directa transferendum dominium: quo pertinet quod non ineleganter scribit Faius in supplemento ad Conan. *l.7.c.ultim.* dationem quæ ad factum sit ordinata magis pro facta esse habendam: ut si quis procuratori in rem suam det servum, ut eum manumittat: & ex adverso factum quod ordinatur ad dominij translationem, magis pro datione habendum esse: & proinde æqualiter ex causa donationis, venditionis, permutationis, dotis, fundus recte tradi dicitur, necessaria consequentia, fundum tradere non semper nec ubique pro nudo facto haberi posse: neque magis hoc facti esse potest, quam restituere, & tamen ex causa depositi, commodati, rei vindicationis, præcisè rem præstandam & restituendam esse, omnes concedunt. Et hinc facile removetur, quod *ex d. l.75. §.7.d. V.O.* probari potest, obligationem fundi tradendi esse rei incertæ, debitor autem incerti ad certum quid præstandum cogi non potest: etenim posteriori sensu, dum nudum tradendi factum consideratur, obligatio illa incerti esse dicitur. Neque distinctioni huic factorum obstat *l. 68. d. V. O.* quia licet pecuniam credere, non sit merum factum, alia tamen ratio est corporis, & alia quantitatis, in quam non cadit affectio, neque quicquam aliud quam lucrum stipulatorem spectasse, dici potest, ut proinde ei præstatione ejus quod interest, abunde satisfiat. Nihil plane huc pertinet *l.97.§.V.O.* quoniam verba, *quod mea interest*, aliam ibi & ab hac disputatione plane alienam habent significationem. Confirmatur autem dicta distinctio eleganti & insigni differentia, quod facta nuda tantum sunt in præstatione, ita ut post moram in locum obligationis prioris, in quam facta ista deducta sunt, per speciem quãdam novationis, succedat obligatio ad id, quod interest, cuius præstandi necessitatem non nisi usque ad litem contestatam evitare potest debitor, quoniam non ad ipsum factum, sed ad interesse propter novationem jam dictam agendum est. Idque confirmatur ex disputatione ICtorum, qua controvertitur, an ut ex stipulatione facti agi possit, sufficiat mora, an oporteat tantum temporis præteriisse, intra quod illud fieri potuerit: quod si enim ad ipsum factum rectè ageretur, nihil prohiberet, quo minus statim promissor conveniretur, de quo suo loco pluribus agemus. Alia planè ratio est eorum factorum, quæ in rei præstatione consistunt, ubi etiam post moram ad ipsam rem præstandam agi rectè potest: etenim sententiam *Anton. Fab. decad. 85. capite septimo.* quod ex nulla obligatione res ipsa debita rectè in judicium deducatur, omnino falsam esse, supra probavimus. Neque minus falsum est, quod idem *Ant. Fab. decad. 85. c. 4.* nullam inter duplex istud factorum genus differentiam esse contendit, cujus ibi rationes fere dupondio fuerint indignæ. Ille nimirum, ut probet, traditionem ex causa emptionis esse puri & simplicis facti, hoc adducit, quod cum ex causa ista debeat trãsferri dominium, manus militaris, vel executio judicis, non possit hoc operari, neque emptor fieri dominus nisi ipse venditor rem tradat. Verum cum creditore non domino vel executore ex causa iudicati distrahente & tradente, itemque prætore ex secundo decreto in possessionem mittente, dominium transeat, utique etiam in hoc casu, prætore rem venditori auferente & in emtorem transferente, recte dominium transibit. Et quod à prætore dominium transferri non posse, traditur, pertinet ad dominium quiritarium, non bonitarium, arg. *l.1. de bonor. possess. l.15.§.16.& §.posteaquam.23.d.dam.infect.l.7.§.9. comm.divid.* cum præsertim hic causa justa emti præcedens faciliorem faciat dominii translationem; & alias etiam veluti in judicijs mixtis sententia

tentia justum tribuit titulum possidendi. §. *ult. I. de off. iud.* Adeoque inepta est ratio differentiæ ab Anton. Fab. tradita inter hunc nostrum casum, & eum qui traditur *in l.* 68. *de rei vind.* quod, ut ipse ait, cum actor dominus sit, sufficiat quocunque modo apprehendi & nancisci possessionem: etenim etiam ubi justa dominij acquirendi præcessit causa, itidem ex ea possessionem adipisci sufficit. & post *l un. C. d. nud. iur. Quir. toll.* distinctio illa dominij nulla est. Et ipse se A. Fabr. gladio suo jugulat, dum ait, non posse transferri dominium autoritate prætoris, nisi traditio vel aliquid hujus loco interveniat: siquidem judicialis translatio satis idonea est, quæ traditionis vice fungatur: sed piget in illis ineptijs confutandis perdere chartam. Et hæc ad quartum argumentum, de obligationum faciendi natura. Ad quintum dici potest, ob contumaciam jurari in litem, si hoc actor malit, quod si rem ipsam præcisè haberi velit, eam consequi posse. In sexto negari potest assumtio, & contra Ant. Fab. defendi, ex pacto de revendendo præcisè obligari emptorem, vel etiam consequentia, quod licet pactum illud parum distet à venditione, tamen quia in futurum conceptum est, vera venditio haberi non potest: facit quod tantum est in potestate primi venditoris, agere ad resolvendum contractum, non etiam emtoris, ad pretium restitura re repetendum. Ad *l.* 10. *quib. mod pign solv* repeti potest jam sæpe dictũ, quod ibi emtor ultro ad interesse egerit: aut si hoc contextus pati non videatur, (quod ibi venditioni creditor consensisse proponitur, & ex eventu lis & modo condemnationis pendere dicitur, an jus pignoris creditori maneat salvũ, de quo non dubitaretur, si ipsa actio ad interesse fuisset instituta) tentari potest, etiam ubi ab initio res petita fuit, posse condemnationem fieri ad id quod interest, si res forte perierit, vel tergiversante venditore, hoc actor maluerit, cum etiam talis alternatio tacite actioni ex emto esse videatur, velut in actione ex delicto servi, ubi post litem cont. statim licet variare *l.* 4 §. *ultim. de noxal. act.* sed & tentari possit, ubi ad interesse actum est, nihilominus venditorem re oblata absolvendum esse, quod ex ipsa natura obligationis res præstanda petenda sit, quod in factis meris aliter obtinere supra dictum est. Denique ad ultimum argumentum: *ex l. C. de fi. instrum.* vulgo respondetur alternative teneri venditorẽ, non ut ipse voluerit, sed put emtor elegerit, ijsq; verbis designari jus emtoris, quid morante venditore petere possit. Et hæc quidem ita in utrãq; partem disputari solẽt & possent: sed ego in negantem partem, quod venditor præcisè tradere non teneatur, proclivior sum, quod textibus pro ea citatis satis responsum mihi non videatur: & ut à posteriori incipiam, explicatio *dict. l.* 17. *C. de fid. instrum.* mihi non probatur: vel quod ibi nullum verbum de mora venditoris, citra quam non nisi ad ipsam rem ab empto agi potest: vel quia verba alternativa referuntur ad venditorem, eumque adeo faciunt debitorem alternativum, qui ad alterutrum præcisè teneri non potest. Neque satisfacit responsio *ad leg. primam.* 11. *de action empt. & ad l.* 10. *quib. mod. pign. solu.* quoniam singularum obligationum propria est natura, secundum quam instituenda est actio, neque adeo ex ratione juris nostri existimo in emtoris, ad quid ageret, aut in ejus post instituram actionem & rem petitam, ad quid condemnari vellet venditorem voluntate aut facultate positum fuisse: adeoque cum obligationis naturam & officium judicis, non dirigat voluntas actoris, & ubi res in iudicium deducta fuit, ad interesse tamen judicem condemnasse textus juris probent, probabile mihi fit, juxta naturam actionis ita omnino reum condemnãdum esse. Ex quo etiam infirmatur responsio Fabri *ad d. l.* 4. *C. de action. empt.* in qua comminiscitur ultro ad interesse actum fuisse, & de hoc quæri, an Judex an actor debeat æstimare; neque enim dubito, Imperatores ibi consultos fuisse ad quid vẽditor procax teneatur, quod quidem procaciæ verbum arguit, emptorem non nisi ad interesse agere potuisse. Sed & argumento quod pro pacto de revendendo desumptum fuit, non omnino satisfactum videtur. Etenim si simpliciter factum vendendi consideretur, nec pacto adjecto statim, nec stipulatione ad hoc præcisè quẽm restringi posse, existimo cæterum ubi res ipsa & pretium expressum, de utroque conventum, & executio tantum aliquatenus dilata, vix ab emptione differre videri potest, quutroque casu actio & quidem ex vendito nata sit *l.* 2. *C. de pact. inter empt.* Etsi igitur qui promisit retrovendere re & pretio definito, præcisè tradere non tenetur, nec videtur teneri quivis simplex venditor: neque differentiam inducit, quod supra de tempore futuro afferebatur: quoniam hoc conventionis & actionis naturam non variat, & neutro casu actio contra tertium possessorem

rem emptori aut paciscenti datur: sicut utroque casu & simplex etiam venditor prævertere, & alteri tradendo eum dominum efficere potest *l.* 15. *C. de rei vind.* Illud quoque argum. de deposito & commodato quod ad præcisam restitutionem agi non possit, ita constringi fortius potest. Contra quem juratur in litem is præcisè ad rem præstandam non cogitur: atquin contra depositarium, &c. juratur in litem: Ergo, &c. Major ita probatur. Quicunque cogitur rem vendere, ille præcisè ut ea sibi præstetur, agere non potest: atquin qui jurat in litem, cogitur vendere: Ergo, &c Assumptio rursus probatur. Quicunque sponte & volens vidit, illi non permittitur æstimare rem in infinitum, ita ut illud ipsum pretium consequatur: atquin juranti in litem permittitur æstimatio rei in infinitum: Ergo non volens vendit. & hoc vulgò tradi solet, hanc esse causam introducti juramenti in litem & permissæ liberæ æstimationis, quod actor invitus re sua carere cogatur. Hic adduci possunt duæ adhuc rationes 1. quod cum omnium consensu præstando interesse liberetur venditor, si facultatem reddendi etiam sua culpa re in alium translata, amiserit, juxta *l. quoties* 15. *C. d. rei vind.* difficile est illud necessitatis facere, quod quis arbitrio suo evitare & effugere potest: cum præsertim ex ratione juris digestorum etiam post litem contestatam facultas sit alienandi *l.* 18. *&* 20. *inf. d. rei vind.* Etenim, si ex natura obligationis præcisè teneretur rem tradere venditor, non fuisset hoc permittendum, ut iterum vendendo & tradendo alium dominum facere possit, sed posterior contractus pro nullo habendus fuisset: ex quo eiusmodi conficitur argumentum. Quod præcisè in obligat. non est, nec videtur esse præcisé in actione aut condemnatione: atquin ex ratione jam dicta, ut res tradatur, præcisè in obligatione non est, ergo, &c. illud enim meo quidem judicio parum subtiliter diceretur, emtorem prævertendo, præcisam illam necessitatem inducere posse. Deinde ex ratione juris nostri sententia ita ferenda est, ut ad eum modum, quo lata est, præcisè executioni mandari possit, ꝙ secundum eam formula, & porro ex causa judicati condemnatio fiat: atquin venditor etiã post sententiam rẽ venditam, v. c mobilẽ, perdere & corrumpere possit, & ita efficere, ne sententia formaliter executioni mandetur, addoque talem sententiam à judice ferendam non esse consequitur. Nec quicquam est, quod huic opinioni magnopere obstet, præter unicum illud, quod ratio differentiæ solida dari non potest, quare minus venditor, quam donator vel promissor, ad præcisam traditionem perurgeri possit. Et ideo cum fortiter urgeãt rationes sententiæ negantis, nec differentię rationem inter causas jam dictas, veram & solidam ullam, videam, eo fere delabor, ut etiam ex jam dictis causis, donatione, stipulatione, imo etiam instituta à domino rei vindicatione, ad dandum vel restituendum reum præcise teneri non existimem: quod etiam his casibus tum aleæ rationes supra propositæ, tum præcipue illa de juramento in litem, locum sibi vindicent. Et nimirum leges Romanæ neminem ita præcise teneri voluerunt, sed contra reos morosos vel contumaces aliis remediis, & pro qualitate causarum diversis, succurrerunt & scilicet ubi de facto puro agitur, ex mora tacita quasi novatione introducta actionem ad interesse substituerunt: ubi vero res præstanda venit, siquidem reus adhuc dominus esset, æstimationem simplicem à judice fieri & præstari voluerunt: quod si actor dominus esset, ipsi, quod invitus rem quasi vendere cogeretur per iuramentum in litem etiam in infinitum rem æstimare permiserunt. Neque alia ratio est, quamobrem in actionibus quæ arbitrariæ dicuntur, sententiam definitivam iudicis aliquod iussum præcedat: ut videlicet reo non parente iusta causa sit contra eum iurandi in litem, vel, ut in actione, quod metus causa, eum in quadruplum condemnandi. Duo autem fere posteriori huic opinioni obstare videntur 1. textus *in leg.* 68. *de rei vind.* ubi manu militari possessio auferenda dicitur. 2. *textus in l.* 25. *§.* 1. *h. t. & in l. ubi autem.* 75. *§. ult. de V. O.* ubi dicitur ex causa stipulationis, omnimodo dominium transferendum esse. At prius Anton. Fab. respondet 16. *coniect.* 17: quod ille locus sit corruptus à Tribon. vel ille ad extraordinarium procedendi modum referendus est, ita ut si res agatur coram magistratu, aliquando ex causa res præsertim immobilis reo auferri & in actorẽ transferri possit: & eam ordinariam viam non fuisse argumento est, quod iure veteri iudicia coram iudicibus pedaneis agitabantur: etenim licet executio sententiæ à iudicibus pedaneis dictæ fieret à prætore *l.* 15. *in princ. d. re iudi.* id tamen ad hanc rem nihil facit: quia in rei vindicatione, utpote actione arbitraria iussum iudicis pedanei de restituẽdo, & ante sententiã definitivã, in ꝙ adeo aliud

aliud à jussione illa deductum fuisse, non modo probabiliter, sed necessario infertur: & omnino ratio exequẽdi sententiam manu militari, quæ etiã non nisi improprie prætori Romano tribui potest, à ratione juris nostri omnino abhorrere mihi videtur. Ad posterius responsio facilior est, illis verbis nõ præcisam necessitatem dandi designari, sed obligationis qualitatem, quod oppositio *d.l.25. h tit.* ostendit. Nimirum obligationi suæ satisfacit venditor, si præstet habere licere, & de evictione caveat, utcunque rem dominij jure non transferat: non autem satisfacit hoc modo obligationi suę promissor, sed necesse habet, siquidem rem tradat, ita tradere, ut dominus stipulator efficiatur: ita ut si appareat, rem esse alienam, licet nullo controversia movente, stipulatori, tanquam nihil præstitum fuerit, integra ex stipulatu actio supersit. Et tandem igitur, ut concludamus, experiamur, annon hoc paradoxon adstruere possimus. Neque ad faciendum, neque ad certum corpus aut speciem tradendam præstandam vel restituendam quenquam ex ulla causa præcise cogi posse. Ista cum ante plures annos commentatus essem, deprehendi postea, hanc ipsam opinionem ab Ant. Fabr. in postrema parte chiliadis emissa anno 1615 *decad 85 cap.6* probari. Vide etiam de hac controversia Iasonem *in §. actionum. l.d. act. nu. 46. & seqq.*

LIT. D.

Naturaliter se decipere. Vera est vulgo jactata explicatio, quod alter possit majoris vendere, alter minoris emere, quam revera res est: idque tanto facilius admittendum, quod rerum certa æstimatio & constans non est, sed varie diversis temporibus locisque & ex affectione quoque cujusque variæ æstimationis habetur. Interim l. civilis non suadet hoc, sed quod conscientijs hominum imperare non potest, permittit: ut frustra hoc ab Ant. Matth inter errores jur. civ. referatur.

LIT. E.

Ait in thes. generatim verum esse, quod ille primo debeat implere contractum, qui primo agit. In quib. revera nulla connexio est, neque exceptio est de regula præmissa: quoniam ubi contractus nullus est, nulla quoq; actio, nec sive prior sive posterior impletio locum habet: cæteroquin ead. ratione omnes illi casus quib. emtio ipso jure nulla est, subjici potuissent. Sed nimirum Tr. captavit occasiõem subjiciendæ vulgatæ controversiæ, quæ est lit. F. & id tamen parum ad leges methodi, quod illa quæstio sub materia de dolo malo proponi, vel utique ad contraria emptionis referri debuisset; & tanto magis id ab hoc loco est alienum, quod quæstio revocatur ad thesin, & de effectu doli sive incidentis sive causam dantis tum in bonæ fidei tum in stricti juris contractibus in genere disputatur. Quod autem in exegesi ait, ad fundandam actionem omnimodo esse ab emtore offerendum prætium, etiam si venditor non petat, falsum cum Dd. quos refert & sequitur Iason, esse existimo, quippe quod hæc est præstatio emptoris, quæ sequitur contractum perfectum, neque impedit nativitatem & institutionem actionis, & recte etiam postquam implevit venditor à sua parte fieri potest. Quòd adeo verum puto, quod vix probem, quod Ias. cum Dd. pro limitatione quadam tradit, posse & forte debere judicem, si prætium nondum solutum animaduertat, emtori imponere, ut solvat. Nec obstat *l.13.§.8.d. act. emt.* cujus nullus alius sensus est, quam emptorem non soluti pretij exceptione posse à venditore repelli: quod docent verba seqq. *in d §.8.* posse venditorem rei ceu pignori incumbere, dũ pretium solvatur. Eodemque modo venditor agens exceptione rei non traditæ repelli potest.

LIT. F.

Probat hic comm. Dd. sententiam, *quod dolus dans causam contractui*, faciat eum ipso jure nullum, quam etiam sequitur *Cuiacius in l.7. d.dol. & in l.36.d.V.O. & 8. observat 10. Hottom in l.116. de regul. iuris.* pro qua pugnat 1. *l. septima. in princip. d.dol. 2. l.16.§.1. de minoribus 3. l.3. in f pro socio. 4.* quod ubi dolus causam dedit bonæ fidei contractui nulla videatur superesse actio per *l.3. C. de rescind. vend.* ubi dicitur ex empto agi non posse, quia huic judicio exceptio doli insit, quam quidam omnibus bonæ fidei judicijs inesse probatur *ex dict. l.3. & ex l 84 § 5. de leg. 1.* Porro sententia contraria, q; etiam dolus causam dans contractibus bonæ fidei, eos non faciat ipso jure nullos præter citatos à Tr. probatur etiam à *Forcat. dialog 99.* eaque fuit olim *opinio Petri,* ut refert *Salicetus in l.5. C. de resc. vend.* qui utuntur his rationibus 1. quod rescindi dicitur contractus *l.5. D. d resc. vend* 2. quod *ex l.12.§.1. iur. dot.* subsistere videtur contractus dotis, etiamsi mulier in hoc circumventa sit, ut daret dotem. 3. affert Robert. *l.13.§.5. & §.27. d. act. empt.* quibus casibus putat dolum causam dedisse emtioni, 4. facit hæc ratio,

 quod

quod sequuta traditione licet dolus causam dederit, dominium transferri videtur arg. *l.dol C. de rescin.vend.* nullà autem causa & nullus contractus non possunt præbere titulum traditioni ex *l.31.d.acqu.rer.dom.* & illud quod de translatione dominij in hoc casu doli causâ dantis diximus, probatur ex *l.7.in pr.de dol.* ubi manumissio servi in ea specie valet, quæ nulla esset, si dominium in emptorem non transivisset. 5. ubi est cõsensus, non potest cõtractus esse ipso jure nullus: dolus autem non excludit consensum, vel quia principium agendi internum manet, vel quia cõsensum nõ excludit metus: quod probatur ex edicto prætoris, quo metu facta rescinduntur, neq; succurrit prætor aut succurrere necesse habet iis, qui ipso jure tuti sunt *l.e.16.§ 1.d.min.itemq. ex l.21.§. penult.quod metus caus.* ubi coact⁹ adire fit hæres, idq; confirmant rationes Ethicæ, quibus *Arist. 3. Eth.c.1.* actiones metu extortas pro voluntariis habendas esse ostẽdit: 1. quod an aliquid voluntariũ an involuntarium sit, ex ipso tempore, quo geritur, sit statuendum: atqui illo tempore quo metus infertur, illud quod eligitur, cum ratione majoris mali quod evitatur, boni habeat rationem, ea consideratione fit objectum voluntatis. 2. quoniam ut Thomas *d.c.1.* loquitur, principium movendi partes agentes, seu applicandi membra corporis ad agendum, in ipso est agente. 3. quod actiones, quas laus vel vituperium sequitur, sint voluntariæ; laudari autẽ eum ait Aristot. qui aliquid mali suffert, vel ut minus bonum consequatur, vel ne quid turpe faciat, & econtra vituperari, qui metu inductus turpe aliquid admittit: licet ibidem graviori violentia compulsos veniam mereri dicat. Et proinde licet actiones ejusmodi mixtas appellet Aristot. magis tamen voluntariis accensendas esse docet: & & recte ad illum locum Burlæus notat non dici operationes illas mixtas secundum realem commixtionem, quasi ex voluntario & involuntario compositas, sed secundum prædicationem denominativam extrinsecam. Et secundum hæc textus juris, quibus metus consensui contrarius esse dicitur, accipiendi sunt, non quod plane excludat cõsensum, sed quod liberum consensum, aut quod excludat, si tempus illud, quo agit metu coactus, conferatur cum tempore & statu, in quo libertati suæ relictus est. Neque obstat *l.21. § 3.* quod metus causa, quoniam cum favore dotis contra ejus promissionem non detur restitutio, & tamen metu coactum ad solvendum teneri iniquum sit, ita jus statuendum fuit, ut promissio dotis metu extorta pro nulla haberetur: quod etiam de matrimonio & aliis quibusdam actib. communiter tradunt Dd. & textus ille loquitur de stipulatione, quam alias metu extortam ipso jure subsistere, vix quisquam dubitat. §. 1. *l.de except.l.penultim.C.de inut.stip.* Quod si igitur metus & vis quasi voluntati illata, non facit contractum nullum, nec dolus faciet. Postremo hoc argumento utitur Wesembec. quod contrahentibus invicem se decipere liceat. Sed videamus quid ad utriusque opinionis argumẽta respondeatur. Et ad *l.7 in pr.d.dol.* respondet Wesembec. speciale esse in contractu minoris initio contra legem Lætoriam. F[illegible]icat, ideo contractum nullum esse putat, quod & servi & emptoris dolus concurrat. Alius fortasse dixerit cõtractum dici nullum ratione effectus, quod exceptio elidat actionem: sicut ex adverso aliquãdo rescindi dicitur, quod ipso jure nullum est. Possi. & dici ideo nullam ibi haberi venditionẽ, quia contra manumissionem, quæ ibi facta proponitur, non datur restitutio, adeoque si minori plene consultum & servum ipsi restitui volumus, contractus pro nullo habendus est. Porro ex *l.16. § 1 d minor* non satis probari videtur omnimoda contractus nullitas: & potest quis ipso jure tutus dici etiam per exceptionem: nec aliud sibi traditur, quam ex speciali capite de minoribus non esse necess. petere restitutionem, sed minorem hac in re uti majorum jure, qui communi exceptione doli, sicut & metus, defenduntur. Atquin *in l.3.* pro socio alio sensu dicitur dolo malo inita societas, videlicet quæ decipiendi alios gratia contracta est, atque ita utrinque dolus est, neque aliud erit si quisq; socii fraudandi habuerit propositum: *argum. l. domum. 57. in f. hoc tit.* Ad argumentum quartum ex *l 3. d.rescind.vend.* dici potest homonymiam esse in phrasi, qua exceptiones doli dicuntur inesse bonæ fidei judiciis, neque hoc tantum ea significari, quod nulla competat actio, sed etiam quod exceptionum formulæ licet non insertarum, judex ex officio habeat rationem: quod cum etiam extra casum nullitatis contractus obtineat *l.38 & ult. de petit. hæredit l.48.d rei vindicat.* consequenter ex illo inesse, ad nullitatem contractus inferri non potest: cum etiam potius, quod exceptiones inesse dicuntur, validitas contractus arguatur, cum exceptio præsupponat actionem. Ideoque *dict.leg.3.de rescind.vendition.* accipienda est ratione

tione effectus: quod præsertim verosimile fit actiones maxime bonæ fidei, ubi de dolo constabat, à prætore fuisse denegatas: quod etiam aliis quibusdam casibus exceptionum privilegiatarum obtinuit *argument leg. 9. in princip. d. jur. jur.* Et hæc ipsa videtur fuisse ratio, ob quam etiam postea apud judicem pedaneum proponi poterant, quod si antea prætori expositæ fuissent, propter eas fere etiam actionem denegaturus fuisset: neque tantum exceptio doli specialis, sed etiam generalis cum exceptione pacti & aliis concurrens, bonæ fidei judiciis inest, *argument. d. leg. 38. d. petit. hæred. & leg. 48. de rei vindication.* & propterea conventionem ipso jure nullam non esse, probat ipsa *l. 84. §. 5. d. legat.* 1. in cujus specie actio instituta fuisse proponitur. Secundum quæ sequitur falsum esse, quod Cujacius pro certissima juris regula tradit in *leg. 36. d. V. O.* contractus bonæ fidei, quibus dolus vel metus causam dedit, esse ipso jure nullos. Jam disputandi causa videamus quid pro sententia communi ad argumenta Robert. & aliorum responderi possit. Ad *leg. 5. Codic. de rescindend. vendition.* respondet Cujac. rescindi venditionem, nihil aliud esse, quam data & tradita revocari, quod & notat Accurs. eatenus rescindi venditionem, quatenus de facto processit, si nempe traditio sequuta sit, ut res retro detur, quod probat *Anton. Fabr. in l. 7. d. dol in pr.* qui etiam ibidem sæpius notat magnum esse effectum traditionis, eaque quodammodo nullitatem venditionis purgari: & hoc modo dicitur revocari libertas data in fraudem creditorum. *leg 1. Cod. qui manumitt non poss.* quæ tamen nullitet datur in *princip Institut. quibus ex caus. manumitt.* & ita dicitur desinere, quod nunquam cœpit *leg §. primo, usufruct. quemadmodum caveat.* Porro *in lege 12. §. 1. de jur. dot.* cum mulier procul dubio nuptias contrahere voluerit, dotis dationi dolus causam non præbuit: quod & respondendum est ad *leg. 13. §. 5. & 27 de action. empt.* quoniam licet *in §. quinto* præcesserit dolus, cum tamen in sola subtractione rerum hæreditariarum versatus fuerit, à contractu separatus fuit, neque eum affecit, sive causam præbuit, & quod in §. 27. dicitur, procuratore concludente venditio facta, quod dolus causam dederit, non arguit necessario. Difficilius est, quod juxta supra dicta etiamsi dolus causam dederit contractui, dominium transit, quod ex contractu nullo fieri non posse, ratio juris nostri videtur evincere; nisi dicas quod traditio, quæ ex causa & contractu per se justo processit, istum operetur effectum, ut ipsum dominium videatur esse translatum juncta opinione tradentis, qui contractum valere putavit: & hunc effectum traditionis à Domino ex titulo per se & in genere considerato, factæ, & cui privata aliqua ratio obsit, etiam agnoscit *Anton. Fabr. in dict. leg. 7. in princip. & tradit Jason. in leg. 26. de Verborum Obligationibus,* quod ex injusta causa, velut promissione turpi, concurrente voluntate tradentis, quæ præcipue consideranda sit, dominium transferatur. Argumentum ductum à comparatione doli & metus ita non incommode expediri posse videtur, si dicamus deceptum, utpote errantem nullo modo consentire videri, *argument. leg. 15. de jurisdictione,* coactus autem libere quidem non vult, vere tamen vult, minus illud quod elegit malum, juxta ea, quæ supra ex Aristotele dicta fuerunt. Denique ratio Wesembecii, quod liceat contrahentibus se decipere, omnino vitiosa est: quoniam illud minime pertinet ad dolum ex proposito & contractui causam dantem, juxta notata ad litteram D. neque illud quod de facultate circumveniendi se invicem dicitur, quibusvis bonæ fidei contractibus accommodari potest. Videri possit distinguendum, non inter contractus stricti juris & bonæ fidei, sed inter horum species, an consensu vel re perficiantur: ut scilicet illi tantum, non etiam hi ob dolum causam dantem annullentur; non omnino obscura ratione, quod cum magnus effectus sit traditionis, per quam hi contractus perficiuntur: vix propter dolum nulli videri possunt: quoniam si stipulationem nuda verba, præter quæ nihil in ea est, nisi consensus, sustinent, quoniam propter dolum ipso jure nulla videatur, eadem ratione commodatum vel pignus propter interventum rei poterit sustineri: quandoquidem etiam hæc videtur esse ratio, cur mutuum ipso jure subsistat, & possit aliquis existimare, qualitatem illam bonæ fidei & stricti juris ad idem effectum inducendum, non satis idoneam videri, cum bona fides, quæ dolo opponitur, in omnibus contractibus desideretur. Et indicium pro hac sententia præbet, quod textus omnes, qui pro opinione communi adducuntur, de contractibus consensu constantibus agunt, velut *lege 16. paragrapho 1. d. minor. & l. 7. d. dol.*

bus consensu nudo constantibus perfectio differt ab impletione: quod tamen cum in cæteris secus sit, vix videtur universalis inter contractus bonæ fidei & stricti juris hac in re constitui posse differentia, & proinde aliquo casu ubi emtio venditio perfecta & impleta fuit, actionem doli necessariam fore. Adeoque in utraque parte laborat assertio Tr. dum & exceptionem & actionem doli ad contractus bonæ fidei restringit: sicut & fallacia homonymiæ committitur in verbis *perfecto contractu*: quod cum stipulatio nudis verbis perficiatur, dubio tamen procul est, eum qui deceptus promisit, ante traditionem si conveniatur, actione doli non uti, sed exceptione defendi.

THESIS III.

LIT. A. & B.

Hic Treutl. solennem sibi errorem errat, tractando ea, quæ ad locum communem de obligationibus pertinent. Sed & confuse de personis tractat, cum præsertim pleræque personæ nō simpliciter, sed ob officiū & qualitatem aliquam, nec nisi cum certis personis contrahere prohibeantur: veluti 1. tutor cum pupillo *l.34.§. ult. hoc tit.* nisi contutor adsit vel palam, & bona fide contrahatur *l.5.§.2.& 4.d.author.tut.l.3.C.h.tit.* item inter patrem & filium *leg.2.hoc tit.* videlicet extra casus ab ipso Tr. exceptos: vel quia præter ea nulla bona habet, vel propter jus potestatis propter quod in hac materia filius, & pater pro eadem persona habentur, & omnes res obligationesque filio acquisitæ ad patrem recurrunt: ut proinde non recte dici videatur, patrem & filium L. contrahere prohiberi. In universum autem & hoc addendum, quod utique naturalis obligatio inter patrem & filium oriatur, arg. ejus, quod de domino & servo responsum est *in leg.41.d.pecul.& in §.1.Instit.de fidejuss.* De magistratu & subdito textus sunt *in leg.non licet.46.& leg. qui officii 62. in pr. h. tit leg.aufertur 46.§.2.d. jur.fisci. l. un. §. 2. C.d contract.jud.l.pen. C.Theodos.de iis qua administ.&c.* Inter quos adeo nulla est emptio, ut nec accedente licet post depositam administrationem consensu venditoris, cōfirmetur, nec lapsu etiam quinquennii *d. l. un. §. 2.* qui videtur derogare *l. quicunque, Cod. Theod. tit.* Quomodo autem talis contractus vel magistratus coerceatur, non satis liquidum videtur: & constat venditionem irritam fieri, & rem etiam non soluto pretio per venditorem repeti posse *leg pen.C.de his qua vi met.l.2.C.Th. de iis qua administr.* cum quo non videtur convenire, quod probatur *ex leg.quadrag.f. sext. §.2.d jur.fisc. & l. 1 Cod.Th. d. t.* fisci hoc lucro cedere: quin & quadrupli pœna proponitur *in dict.leg.46.hoc. ti.* Distingui possit, an venditor intra legitima tempora juxta *l.5.& 6.Codic.Th.dict.titul.* de extorta sibi re fuerit conquestus, an vero hoc facere omiserit: quo casu res ablata emptori fisco vindicabitur *Cujac.16 observ 13.* quod idem est, si quis ultro venditionem habuerit ratam. Pæna quadrupli *in leg.46.h.tit.* est ex constitutione Severi & Antonini, qui magistratum ad instar eius qui metum intulit, voluerunt coerceri, *argum. l.penult.C.de his qua vi.& Nov.Leonis 84.* Alii *dict.leg. 46.* de illo accipiunt qui per suppositam personam emit, quod ipso jubente distrahitur *Donell. 12. comm.23. Pacius in leg.3.de rebus creditis, numero 21.* Sed obstat, quod in ea lege dicitur, *neque per se.&c.* magnæ autem fuerit impudentiæ, aliquem emere, quod ipse vendi curat. Accurs *dict. leg.46.* explicat de tutoribus & curatoribus, quē sequi videtur *Conan.7. comment cap.7. numer.2.* ubi ait, tunc ex officio dici quid emi, cum quæstor ex fisci pecunia, quam administrat, sibi aliquid emit, vel etiam sua pecunia emit res, quibus vendendis aut administrandis est præpositus. Illud porro apud Treutlerum dubium, quod hæc ad magistratum temporarium restringit, siquidem in perpetuo idem est error potestatis, de quo *in l.penultim.Cod. de his qua vi.* & ut *Salicetus* loquitur *in leg.34. de rebus creditis.* impressio terroris maxime cum textus *in dict.leg. 46.& 62.hoc titul.* indistincte loquantur, & majus quoque præjudicium in hoc contractu, quam in mutuo versari videatur: quibus adde notata supra ad *disputat.20.th.4.lit.B.* & de medico & ægroto notata ad *disputation. 6. de pact. th. 7, l. 1. C.*

LIT. C. & D.

Invitus tamen nemo.] Hoc quidem nullam cum præced. habet connexionem, & particula, *tamen*, omnino otiose & sine sensu posita est: sed & quod de invito proponit, non tam sub caput de personis, quam potius de consensu referendum erat, qui in contractibus liber requiritur. Quod autem dicitur, certis casibus aliquem vendere cogi, non de præcisa necessitate, sed ita accipiendum est, quod quis possit juberi vendere sub comminatione mulctæ vel etiam si contumax esse pergat, authoritate magistratus res ablata distrahi possit. Illud autem, quod justo pretio res vendi debeat, ambi-

ambiguum est: quoniam aliquando definitio pretij relinquitur arbitrio libero venditoris, & id pretium iustum est, de quo inter partes convenit: aliquando non permittitur, velut ex causa necessitatis publicæ: & hic magistratus si pretium moderatum præfiniat, hoc omnino iustum dicendum est, cum iniustum potius habendum sit, quod venditor per speciem quandam monopolii extorqueat: à qua sententia ita explicata si dissentit Tr. procul dubio errat: aut iniuriam facit Dd. quos dissentire affirmat: neq; aliter sentit citat Gomes. ubi Dd. adducit & tradit, posse aliquem cogi, ut certo & iusto pretio rem vendat. adde de hac re *Tiraq. d. retr. lign. §. 3, gl. 3. n. 1. Covar 3. var. resol. 14. Accurs. in N. 4. c. 3. & in l. Iulian. §. idem Celsus. d. act. emt. Azon. in summ. C. h. tit.*

THESIS IV.

LIT A.

Hominis tamen liberi.] Recte ait Tr quod hoc sit ex lege, quæ temeritati & malitiæ pœnam irrogat, adde & dolo, quia decipiendi emtoris causa pro servis cum vendi se passi essent, postea in libertatem proclamabant: cæteroquin iure simplicis venditionis, cum libertas sit res inæstimabilis, qui venditur, servus effici non posset: quæ etiam ratio est, cur longe ultra dimidiam læso, ex *l. 2. C. d. rescind. vend. non succurratur.*

LIT. B.

Nomina & actiones.] Modo ne alienentur in potentiorem *l. 2. C. ne liceat potent.* & ius actionis certum sit & liquidum per *l. per diversas. 22. C. mand.* iuncta *l. seq. eod.* de quo bene *Castr. d. l. 22, & Anton. Fabr. 12. coniect. 12.* porro idem hic ius in reali quam in personali statuit *Iustin. l. ult. C d. hæred. vel act. vend.* quod licet ille certi & indubitati iuris esse dicat, rationi tamen iuris non satis convenire videtur, quod actio in rem fundatur in iure dominii, quod ista cessione actionis trãsire non potest: etenim actio utilis, de qua ibi tractat Iustin. ex persona propria cessionarii intentatur: quin ex ipsa *l. ult.* colligitur, hoc à Iustin. demum introductum fuisse. De re vel actione litigiosa actum est supra *disp. 12. th. 2. lit. A.*

LIT. C.

Vt hæreditas] Limitationem subiicit in exegesi, si modo defunctus sit, cuius ea fuit. Parum subtiliter: quoniam ut ipse addit viventis nulla est hæreditas. Quod de dominii translatione addit, huc non pertinet, ubi de rebus agitur, & plenius proponitur hac ipsa *th. lit. F.*

LIT. D.

De iactu retis ait, in eo casu rem extare, quæ venditur, sed non mihi. Non satis bene, quoniam hic non possunt dici, revera pisces emi, sed alea & spes *l. 8 § 1. h.* eaque venditio propter incertum eventum sustinetur, ita ut de pretio nihil decedat, utcunque nihil captum fuerit. Sed non videtur mihi recta comparatio huius venditionis, cum venditione fructuum, quo casu si vel eorum minima pars exstit, nihil de pretio remitti affirmat Tr. qm pretium hic pro fructuum proportione, qualis frequentius & regulariter esse solet, constitui videtur.

LIT. E.

De venditione rei alienæ & in qualemcunque contractum deductione dicemus infra *p 2. disp. 7. th. 4. lit. C.* Constat sane nullum domino præjudicium afferri posse, sed inter ipsos tantum contrahentes valere, ita ut quamdiu emtori controversia nulla movetur; nec de evictione emtor agere possit, quia hæc est præstatio & obligatio venditoris, rem habere licere, non dominum effici, *leg. 1. in pr. d. permutation l. 30. §. 1. d. act. emt l. 25. § 1. h. t.* ubi manifestus est lapsus Ravardi, 4 *var. 19.* qui putat à Tribus *ad d. l. 25. § 1.* negationem adjectam fuisse, quia autem rem alienam scivit, nec re evicta agit, ut recte Treu. *ex leg. 27. C. de eviction.* cui non obstat *l. 1. C. si vend. pign. ag.* quoniam in illa qui nullum jus in re habuit, vendidit ei, qui nullum jus eum habere sciebat: at in hac licet dolus intercesserit, venditio celebrata est ab eo qui jus habuit.

LIT. G.

Non satis capio cur dicat causam dominij transferendam in emptorem: quoniam in emptorem bonæ fidei transit vel ipsum dominium, vel jus usucapiendi; quod non satis recte causa dominij appellatur: cæteroquin diversimode & titulus & traditio causæ dominii dici possunt, sed neutrum huc recte accommodatur. De vacua possessione, an ea ad transferendum dominium necessaria, agemus infra *p 2. disp. 20. th. 4. lit. D.*

THESIS V.

LIT. A. & B.

Initio th. otiosa est particula *tamen*, quia nihil habet quo referatur: cæteroquin confundit Treutl. casus & res quarum venditio omnimode non valet, & quæ valet cum certis conditionibus & qualitatibus: veluti rem litigiosam esse accidens est temporale, sicut & hoc accidit rei, quæ penes

penes hujus vel illius personam est. Feudum quoque res non est per se inalienabilis, minus etiam emphyteusis, quam huc refert lit. D. quoniam Iust. in cit. *l. 3. C. de jur. emp.* non prohibet eam vendi sine consensu domini, sed tamen jubet domino denuntiari: Inter quæ lata differentia est: quoniam ubi prius requiritur necesse est prius consensum domini explorari & expectari, eoque deficiente vendere non licet, sed ubi posterius sufficit, modo denuntiatio interponatur tempus præfixum expectetur, & intra illud domino prærogativa concedatur, rem libere venalem proponere, & salvo laudemio invitissimo etiam domino distrahere licet. Et videtur hic distinguendum etiam inter casus, quibus venditio omnimodo fieri non potest, & quibus fieri non potest, propter jus quod alteri in re est relictum vel constitutum, eoque quod aliquis vel plane non velut administrator, vel non plene dominus est, velut in feudo re dotali Ecclesiastica, pupilli vel minoris: quæ paulo confusius proponuntur à Treutl. *hæc th. 5. lit. A. cum seqq.* Possit aliàs quodam respectu hæc tractatio referri sub caput, de personis, quia vendere non possint œconomi, pupilli, minores, & horum administratores: res enim ipsæ per se sunt alienabiles, & sub certis conditionibus & qualitatibus vendi possunt, ut ipse notat Tr. *in pr. lit.* E. ubi quod subjicit de bonis avitis ex jure Saxon. quod vendi non possit, nisi prius proximis cognatis offeratur, paulo insubtilius dici videtur: quoniam ipsa venditio valet, & speciali jure retractus res per agnatum proximum avocari, & emtori auferri potest, non secus atque ubi pactum de retro vendendo interpositum fuit: vel hoc argum. quod ab agnato justum pretium offerendum, & jure retractus intra certum terminum à lege præfinitum utendum est.

L I T. F.

Obligatio autem.] Non video quomodo hoc ad emptionem annuorum redituum referatur vel accommodetur, nisi quod *ex const. Pontificis in extrav. regimini hoc tit.* emptio redituum ita ut fundus interveniat, constituta est. Illa autem non satis hic conveniunt, quod cum Treutl. obligationem de fructibus ex fundo præstandis simpliciter personalem esse dicat, subjicit tamen, emtorem fundi obligatum esse, ut præstationem illam redimat: quoniam hic utique ex obligatione personali conveniri, quæ cum alio contracta est, non potest, neque Treutl. de hærede, sed de successore singulari, ad quem possessio rei pervenit, loquitur. Et ideo scilicet fundus adjectus fuisse, intelligendus est, ut demonstraretur, unde solutio facienda & fructus præstandi essent, siquidem ipse Treutler. etiam fundo perempto, durare obligationem affirmat: & cum nullum pactum & conventio proponatur, dicere non possis, fundum illum in securitatem emptori redituum obligatum videri: sed illud recte tentaveris, agi posse, ut alius fundus in locum prioris substituatur.

Aliud dicendum.] Quia cum usus fructus sit jus reale, dominus vendendo fundum jus utendi fructuario adimere non potest. Et quod ibidem addit, ususfructum ne quidem per modum legati, nisi in universis fundi fructibus constitui posse, verum esse, non existimo. Equidem ususfructum in messibus, vindemiis, vel pomis separatim constitui posse, dubium non est: sed & in eodem fructuum genere & eodem fundo, ususfructum vineæ, agri vel horti, tertiæ vel dimidiæ partis pro indiviso constitui posse, non dubitaverim: quod utique ususfructum ejusdem fundi duobus legari posse constat *toto tit. de usufruct. adcresc.* itaque si etiam uni ususfructus pro dimidia parte fuerit relictus, legatarius cum hærede in ususfructu concurret: quod etiam conventione effici posse, non dubito, licet id non obscure neget Treut. dum hoc nec per modum legati fieri posse contendit. Et ad summum jure usus hoc defendi possit argument. *leg. 13. de servit.* Neque obstat citata *l. 88. de usufruct.* ubi ex specie & formula legati apparet, non ususfructum, sed annuos redditus ex fundo præstandos relictos esse.

T H E S I S VI.

Lit. A.

Proponit in thesi, quod emptor teneatur dominium pretii transferre in venditorem: in quo diversa præstatio est venditoris, quem satis est præstare habere licere *l. 30. §. 1. d. action. empt.* eaque diversitas expresse traditur *in leg. 1. in princip. de permutation.* Ejus rei ratio redditur ab Anton. Fabr. quod ubi dominium non transit, ad interesse vel æstimationem agatur, quod in quantitate & pecunia numerata non admittitur, tum quia pecunia res omnes æstimantur, tum quod aliàs interesse hoc nimis excrescere possit. Est & hæc vulgo tradita ratio, quod pretii debitor generis debitor sit, ideoque ubi tradidit nummos alienos, quos in specie non debet, pristinam superesse actionem. Accedit tertio, quod

terum

rerum aliarum etiam citra dominium perfectus & plenus usus est, pecunia autem, cujus nullus nisi in consumptione usus est, non nisi dominus jure suo utitur.

Nisi venditor fidem emptoris.] Limitationem hanc tradit Treutler. ad propositionem, qua emptorem teneri, dixerat, pretii dominium transferre in emptorem. Ubi inconsiderantia lapsus est, quoniam exceptio hæc de regula non est, neque dubium, utcunque fides habita sit, pretium tamen postea solvendum, & juxta naturam obligationis dominium eius in venditorē transferendum esse, & exceptio illa Treutl. ad aliam regulam pertinet, qua dicitur, emptorem statim ad pretium solvendum teneri.

Quod ex sola traditione.] Ex L. XII. tabb. hoc esse tradit Justinian *in §. vendita 41. Instit. de rer. div.* ut si res non habita fide de pretio tradita sit, eius dominium emptorem non transeat *leg. 19. & leg. 53. h. t. l. 5. §. penult. de tribut. act.* neque obstat, quod traditione ex justa causa dominia transferuntur *leg. 20 Codic. de pact.* quoniam fide non habita, causa perfecta non habetur, & quasi nondum perfecte de pretio conventum creditur: sed & videri possit traditionem, quæ fit non habita fide esse conditionalem. Et hinc rectè inducit Treutler. lit. B. emptore bonis cedente venditorem rem eiusmodi jure dominii vindicare posse Illa alia quæstio est, an qui rem tradidit, simpliciter fidem de pretio habuisse videatur: quod quidem Treutl. negat, sed in contrarium facit, quod alii præsumptioni non possit esse locus, & cum hoc præter vulgatas regulas juris sit statutum, & in dubio pro traditione, cuius regularis effectus est translatio dominii sit respondendum, etiam in dubio fidem de pretio habitam esse, statuendam est, quod alias traditio effectum istum obtinere non possit: neque dicere possit, cum ideo tradere, ut satisfaciat obligationi suæ, quia scit vel scire debet, se non tradito pretio ad tradendum urgeri non posse *l. 13. §. offerri 8. de act. empti.* vide præter citatos Wesemb. *in d. §. vendita Instit. de rer. divis. & in parat. hic Costal in l. 19. h. t.* pretio itaque soluto non secus ac fide habita omnino transit dominium, cum alias quoque pretii soluti effectus sint exigui, veluti si quis rem suam alii vendi jusserit, pretio soluto mandatum revocare non possit, ad quod probandum adduci solet *l. 24. de publician. act. & l. 1. §. 2. & 3 de except. rei vend.* & existimant Dd. pretio soluto amplius alteri rem vendi non posse, *arg. l. 72. de rei vind.* quod tamen vix admiserim, cum solutio pretij jus reale emptori tribuere nequeat, neque efficere, ut venditor nondum tradita re dominus esse desinat. Addendus est & alius casus, si fide non habita de pretio pignoribus vel fideiussoribus sit cautum, quo casu in pendenti esse dominium colligitur *ex l. 12. §. ult. in fin. & l. 25 §. 1. de usufr.*

LIT. C.

Recte hoc in th. quod pretium requirit in pecunia numerata, sed illud vitiosum, quod in exegesi subjicit, diem solutionis & pacta adjecta posse esse partem pretii, quia ut ad constituendum essentiale hoc requisitum contractus, ista loco pretii habeantur, nullo modo fieri potest. Spe quidam citioris solutionis vel intuitu pacti adjecti res vilius æstimari & vendi potest, sed dies & pacta hic quidē pars pretii dici non possunt. Nihil facit pro Tr. *l. 1. §. 2. de edendo.* quæ partem stipulationis appellat diem ratione conceptionis verborum. Nihil etiam textus sub tit. d. in diem ad dicit: quia quod propterea res minoris venditur, inde partem pretii pactum illud esse non cōsequitur, neque tantum ratione pretii, sed etiam aliarum rerum melior conditio dicitur, & alias etiam locus pars pretii dici possit.

LIT. D.

Idque certum esse oportet.] Videlicet vel per se simpliciter vel per relationem ad aliud, veluti ad quantitatem antea determinatam *leg. 7. §. 1. & l. 37. h. t.* vel in loco certo existentem, *d. l. 7 §. 1.* Cui non obstat *l. 34. §. 4. & l. 30. §. penult. & l. 51. de legat. 1.* quibus locis traditur pecuniam ita demonstratam, quam in arca habeo, non quantitatis, sed speciei & corporis rationem obtinere: quia respondeo, non ut Accurs. *in d. l. 7. h. t.* interesse an dicatur pro eo pretio, quod in arca habeo, an pro quanto pretio in arca habeo, quam communem Dd. distinctionem esse colligitur *ex Jason. in l. ult. de condict. caus. dat. col 4. vers & ex hoc infertur:* sed potius quod in casu dd. ll. pecunia non simpliciter, sed quoad effectus quosdam singulares in materia legatorum corporis jure censeatur, veluti pecunia ita quam in arca habeo, instar corporis, etiamsi sæpius legata semel tantum debeatur, & quod hæres ea sine culpa sua amissa vel perempta liberetur, & legatum istud statim sit præstandum: quæ omnia in legato quantitatis aliter se habent *l. 30. in prio. & l. 34. §. 3. de legat. 1.* & omnino ita habendū est, venditione ita facta, pro quāto pretio in arca habeo, illud ad taxandā perti-

pertinere pretii quantitatem, quo etiam in aliis nummorum corporibus soluto emtor liberetur. Et sub hunc casum certitudinis relativæ etiam pertinet æstimatio in arbitrium certæ personæ collatum, de quo plenius agemus *disp. seq. th. 3. lit. D. & E.* Illud constat in arbitrium alterius contrahentium pretium conferri non posse *l. 13. & l. 35. §. 1. h. t.* quibus non obstat *l. 7 in pr. h. t.* quæ non de pretii taxatione, sed conditione venditionis loquitur, de quo pluribus *inf. p. 2. disp. 27. th. 7. lit. F.*

Venditionis tamen.] Affirmat valere instrumentum venditionis, licet quantitas pretii in eo expressa non sit. Dubium facit; quod pretium non indefinitum, sed certum & determinatum contractus hujus essentiale requisitum est: qua ratione utitur *Fach. 2. controv. 34.* ut ostendat per testes, qui de certo pretio non deponunt, venditionem probari non posse, eadem autem ratio testium & instrumentorum hic esse videtur. Neque obstat quod *in §. 11. & 16. Instit. de inutil. stipu.* traditur, præsumi pro instrumento, & si scriptum sit, aliquem promisisse, perinde esse, ac si expressius scriptum fuisse, interrogatione præcedente responsum fuisse: etenim responderi potest, casus esse diversos, & promissionem tanquam verbum relativum, quasi præsupponere & includere interrogationem, adeoque promissione certo quodam modo stipulationis essentiam satis expressam videri: & cum aliàs jure gent. quivis promissor & qualiscunque obligetur: tanto facilius præsumtio admittenda est, ex qua contra promittentem, obligatio inducatur.

THESIS VII.

LIT. A.

Negat hic in exegesi promissionem nudam de vendendo esse venditionem. Hoc in simplici promissione citra acceptationem & pretii determinationem omni dubio caret: cæteroquin cõtrarium verius est, ex eo quod ipse Tr. sup. hac disp. th. 2. lit. B. scribit, præsumi emtionem si quis dicat, volo tibi vendere hanc rem pro centum, & alter serio respõdeat, volo emere. Et videtur sibi nõ obscure contradicere Tr. quoniam in una eademque quæst. illic contra se, hic thes. 7. pro se Moz. adducit. Illud autem verius esse d. th. 2. probavimus.

LIT. B.

Ait consensum esse debere liberum, & inde infert, metu factam emptionem rescindi. Atquin sequi potius videbatur contractum ipso jure esse nullum, cum præsertim cæteris requisitis quæ hic proponit deficientibus, venditionem nullam esse pronunciet: ut proinde adversativa potius particula, autem, uti, & de effectu metus ejusq; à cæteris diversitate explicatius agere debuisset, de quo fusius actum supra th. 2. ubi rectius hoc Tr. proposuisset.

LIT. C. & D.

Proponit hic de consensu vero & perspicuo, cui opponitur obscuritas & simulatio: & hæc tamen minime eund. effectum habent, qm̃ simulatus contractus nullus est, sed in quem obscuritas aliqua incurrit, utique subsistit. Illud etiam vitiosum, quod minimè explicat aut distinguit naturam simulati aut imaginarii contractus, imo pejus eum cum usurario confundit: quia non tm̃ eo modo si velandis usuris emtio prætexatur, vel etiam aliis modis imaginaria venditio dicitur, veluti si emtio fiat uno nũmo *l. nuda 55 de contrah. emt.* vel si quis in casu inverso *l. ult C. de prad decur.* prohibitus donare, rem levissimo pretio distrahat: sicut & oẽs illæ venditiones, quæ olim in plerisq; mancipationibus interveniebant, imaginariæ erant, & ejusmodi venditionis singularis species proponitur *in l. 66. d. jur. dot.* de cujus sententia actum sup. disp. 16. th. 10. Est alias hoc cõmune aliis etiam contractibus, ut simulati non valeant, *& l. 54. de O. & A.* & de locatione *in l. 46. Locati junct. l. 10. §. ult. de adq. poss. add. Harm. lib. 3 tit. 3. & 43.*

Et si persona aliàs. Specialis hæc quæstio est ad eam speciẽ simulatæ venditionis pertinens, quæ tegendis usuris adhibetur. In qua Treu. sequitur Boerium, & ab eo citatos *decis. 182. num. 10.* ubi non nisi duo requirit, modicitatem pretii, & pactum adjectum de retrovendendo. Sed mihi magis probantur, qui tertium adjiciunt, ut persona emtoris fœnerari solita fuerit, vel ex aliis indiciis, puta necessitate venditoris aliud colligatur, & quod addo, omnis præsumtio donationis in venditore cesset: quoniam constat rem donandi gratia minoris vendi posse *l. 38. h. t.* & pactum de re vendendo utilitatem magis venditoris quam emtoris respicit.

Interpretatio fit contra eum.] Vulgata hæc regula est, cui tamen objici solet *l. 33. h. t.* de cujus sententia satis dictum sup. disp. 6. th. ult. lit. B. diversam plane judiciorum rationem esse docet *l. 66. de judiciis.* ideoque regula hæc Tr. ad contractus pertinet, & de stipulatore nominatim id responsum est, quod cõtra ipsum verba explicentur, *in l. 38. §. 19. de V. O.* cui obstare videtur *l. 110. eod. tit.*

 ubi

ubi dicitur spectari mens stipulantis. Sed ipse textus rem expedit, dum ait æstimari debere quid in re ipsa sit: ut proinde non revera ibi sit obscura propositio, sed veritas ipsius rei & proprietas verborum convenit cum mente & sententia stipulantis, quæ hactenus præfertur menti promittentis, quatenus hujus opinio à propria verborũ significatione dissentit.

LIT. E.

Cum in rem venditam utrinque consensum oporteat, consequens est, ut errore emtio vitietur *arg l.116. de reg. iur.* Est autem error vel in ipso corpore, qui procul dubio emtionem facit nullã *l. 9. cum seqq. h.t.* aut in ejus qualitate, velut si aurum veneat pro ære, uti itidem venditio nulla est dd ll. quia hic quæ inter rem & pretium desideratur proportio, nulla esse potest: ex quo sumitur responsio *ad l.22. de V.O* quoniam in stipulatione nulla ejusmodi proportione opus est, de quo etiam *Donell. 12. comm. 7. Gædd. de contrah. stipul. c. 9. concl. 4.* quamvis si emtor tam fatuus sit, ut rem habere velit, actionem superesse crediderim, ꝙ ejus tantum gratia venditio pro nulla habeatur, si æs pro auro venditum fuerit. Et hæc ita si in nullo nec in parte quidem concurrat consensus, cæteroquin emtio subsistit *iuxta l 14. h.t.* cui objicitur *l 41. in fin. eod.* quam Cujac. conciliat, per distinctionem inter nudum operimentum, quo casu revera diversa corpora manent, & immixtionem. Conan. *libr. 7. com c. 6.* rationem *d. l. 14.* hanc reddit, quod æs aliquam affinitatem habeat cum auro, ut tamen ICtos nimiæ accuset & jejunæ subtilitatis. Plane non dubitaverim etiam in casu *d l.14.* ubi emtio valere dicitur, emtorem ex emto consequuturum, ne solidum pretium solvere cogatur, quod sine manifesta ejus injuria aliter statui non possit. Illud in universum hic notandum est, venditionem dupliciter valere dici: quodam modo ut quod & quomodo conventum est, utrinque omnimodo præstetur: altero ut præstetur quidem, sed non omnimodo, ut in specie *d. l. 14.* quod optime confirmatur *ex l. 21. §. 3. de act. emt.* ubi ait Paul. licet propter dissensum in qualitate emtio sit, hactenus tamen teneri vẽditorem etiam ignorantem, quanti interest emtoris: neque enim probanda est *Cuiac. 2. observ. 5. Hottom. 1. observation. 4. Conan. 7. commen. 6.* sententia qui *in d § 2.* negative legi volunt, *emtionem non esse*: etenim ut diximus, in qualitate dupliciter dissentiri potest, & omnimodo & secundum quid & cum etiam citrum lignum sit, ipso jure emtionem ob talem errorem non vitiari recte defenditur, cæteroquin non ex vendito vel emto agere emtor, si pecuniam datam condiceret, ut in casu *l. 41. in fin. h.t.* Potest & tertio modo dici valere emtio, ubi nullo modo nec res nec pretiũ præstatur, sed ad nudum interesse agitur, quod fit ob qualitatem rei venditæ, quæ in commercio non est concurrente dolo & scientia venditoris juxta *l. 4. cum seq. h.t & §. ult. Instit. eod.* Ubi exactius ita distinguendum est, quod aut res nullo modo in commercio esse potest privati, veluti civitas, & simpliciter nulla emtio est, nullaque actio, quod nulla justa ignorantiæ causa prætendi possit: aut non est in commercio propter aliquã qualitatem quæ abesse possit, cujusmodi est homo liber, res sacra & c. & hic aut uterque scivit qualitatem rei, & nulla actio est: aut ignoravit uterque & hic venditor summo jure conventus ad interesse exceptione justæ ignorantiæ defenditur: aut alteruter scivit & ignoravit, & hic si scivit emptor solus nulla est actio, si venditor solus, actione ex emto ad interesse convẽnitur juxta *d. l. 4. & 5. h.t. §. ult Inst eod* Quib. consequens est. 1. non recte ita dici à Tr. quasi venditio tantum valeret, si uterque ignoraverit, quia imo etiam tenet, si venditor sciverit solus, & tanto magis, ut ad interesse teneatur. 2. non recte lit. E. *d. l.21. §. 2. de action. emt.* restringi ad casum, quo tãtum circa accidentalia fuit erratum.

Huc referri potest quæstio.] Ait huc referri posse quæstionem, eamque duplicem, an & intra ꝙ tempus per partes fundi venditi mensura fieri debeat. Atqui non video, quomodo huc referri dicatur quæstio quæ à præmissis plane est aliena: cæterum quoad priorem partem quæstionis, an sit facienda mensura, nec ne, ad utrumque membrum præsertim ad posterius nulla ratio est dubitandi: & ad posteriorem partem intra quod tempus facienda sit, prior distinctionis pars, qua nulla mensura opus est, omnino nulla est, & amplius temporis illius 60. dierum nulla apparet certa ratio, neque id ex textibus allegat, ullatenus probatur: & *in l. 31. §. 22 de ædil. edict.* tempus illud duorum mensium est terminus actionis ad exhibendum: *in l. 40. h.t.* agitur de diebus 30. & quidem ex pacto: cæteroquin perfecta venditione quam primum fundum metiendum, aut judicis arbitrio hoc dixerim esse committendum.

(·:·)

THE-

THESIS VIII.

Lit. B.

Statuit hic Tr. ubi arræ intervenerunt etiam à contractu perfecto etiam alterutro invito discedere licere: quam opinionem præter citatum Sichardum jam olim videtur probasse *gl. ad princ. Institut. h. tit. & Odofred. in l. contractus. 17. de fide Inst. & ibi Salicetus numer.* 14. ubi ait, arris intercedentibus hoc tacite convenire videri, ut qui vult eas perdere, vel duplicatas reddere possit recedere à contractu: & probatur inde, quod *in d. L. 17. in fin. & in d. princ. Instit. hoc tit.* dicitur recedere licere, etiamsi sine scriptis celebrata sit venditio, quam nudo & simplici consensu perfici constat. Contrariam sententiam satis perspicue probat *Cynus in dict. l. 17. numer.* 11. *& Bartolus ibidem in §. illud.* pro qua facit regula juris, quod contractus perfecti necessitate adstringant contrahentes: eoque exceptio ista disertis verbis textus probanda erit: & facit quod *in princip. Institution. hoc titul.* dicitur, *donec aliquid deest*, licet ab hoc contractu impune recedere, nisi arræ datæ sint: & ergo quo casu impune recedere licet arris non datis, eodem cum damno arrarum recedere licet: atquin perfecto contractu arris non datis non licet recedere, sed tantum licet imperfecto: Ergo etiam non nisi imperfecto contractu cum damno arrarum recedere licet, quod argumentum ad absurdum fortius cõstringi potest: Quo casu datis arris cum damno earum recedere licet, eodem casu non datis impune recedere licet. Atquin ex sententia Treutl. arris datis etiam à perfecto contractu cum damno eorum licet recedere: ergo à perfecto contractu non datis arris impune recedere licet. Quæ conclusio cum manifesto falsa sit, & ex veris nunquam sequatur falsum, necessario alterutram propositionem falsam esse oportet, & porro assumptionem, quoniam propositio in expresso textu *dict. princip. Institution. hoc titul.* fundatur. Accedant verba *dicta princip. donec aliquid ex his deest*, item *in leg. 17 Codic. de fide Instrument. super facienda emtione* non procedente contractu, *qui vendere pollicitus est*. Accedit ad hæc, quod absurdum sit ut propter arras, quæ plerunque in re exigua consistunt, contractus super re pretiosa & magni valoris irritetur: sicut & absurdum est, ut actus contrahentium præter ipsorum intentionem contrarium operetur effectum, siquidem arræ probando & firmando contractui dati & intervenire solent. Ex quo respondetur, ad præcipuum fundamentum contrariæ opinionis de pacto tacito, quoniam conventiones tacitæ radicantur in præsumpta contrahentium voluntate, propter quam lex eas fovet, iisque assistit. Neque obstant dd. textus *in princ. h. tit. & in leg. 12. Codic. de fide Instrument.* quia sunt accipiendi de contractu imperfecto; quam responsionem non evertit, quod etiam de contractu sine scriptis celebrato ibi tractatur: quoniam responderi potest, 1. quod hoc intelligendum sit de casu, quo negotium nondum plene est conclusum, & adhuc in terminis tractationis subsistit: quod licet non videatur debere amittere arras, qui tractationem institutam abrumpit, attamen nihil absurdi est aliquando & hoc casu arras dari, & eas perdere, qui a pollicitatione, in quam alter nondum absolute consensit, recedit, quem casum in terminis his verbis ponit Odofr. *in l. 17. C. hoc tit.* (licet eum male ab hac disputatione removeat) aliquando, inquit, datio arrarum præcedit contractum, ut in emtione librorum: nam vadit scholaris ad stationem, & petit à stationario, pro quanto vis dare istum librum, dicit stationarius pro decem, dicit scholaris vis octo, dicit stationarius detis arras, & videbo si poteritis habere ab eo cujus est: hactenus Odofred. eoque casu si postea scholaris octo illa dare nolit, merito arras amittit. 2. dici potest, dictos textus accipiendos de casu, quo pars altera ultro lucro arrarum contenta actionem ex contractu omittit & remittit: quod non obscure sensit *Bart. d. l. 17. §. illud & expressius Cynus ibid num.* 11. ubi monet, cavendum esse à Gl. quæ aliter sentiat, & addit, quod à perfecto contractu non liceat recedere, nec cum damno arrarum, nisi pars non curaverit, & ultro fuerit contenta. Nec illubens arguerim incuriam Tribon. qui parum caute cum initio de contractu in scriptis faciendo egisset, postea copulat contractũ sine scriptis, quæ tamen in tractatione illa diversissima sunt, quod qui in scriptis celebrandus est, tractum temporis habet, & in eo tractatio à perfectione vel maxime differt, quod in celebrando sine scriptis omnino secus se habet. Ex his autem facile removetur quorundam objectio, quod arræ dicantur argumentum venditionis contractæ *in pr. hoc tit.* & identidem in dd. textibus appellatur contractus: etenim etiam dicitur *emtio facienda, & donec aliquid deest*, neque necessum est, ut quod *in pr. Inst. h. t.* dicitur

sit perpetuum & universale: & ubi actum est, ut in scriptis contrahatur, contractus nihilominus in natura sua & ex jure gent. consideratus perfectus dici potest, & venditio contracta, licet perfectionem illam accidentalem & mere civilem nondum acceperit, neque novum est, ut etiam aliquando tractatio pro ipso actu usurpetur, cum præsertim in constitutionibus Justin. accuratio verborum non sit exigenda: adeoque nec movere debet *in d.l.17. & in princip. Inst. h.t.* verbum *adimplere*: cum præsertim sit homonymum, & cum contractu imperfecto collatum eius perfectionem designet. Illud frustra objicitur, si nondum perfecto contractu & in nudo tractatu subsistente arras datas ponamus, fieri posse, ut injuria inferatur, v.c. emturo & hic sine culpa arram amittat, si venditor malitiosus ut hoc lucrum faciat, nimis magno rem æstimet: etenim hoc casu emptori succurri poterit replicatione doli, neque tamen ratione pretii, sed etiam alijs modis contractus imperfectus esse potest: & in casu sup. proposito, si emptor certam quantitatem obtulerit, hoc incommodum esset.

Porro arræ datio.] Tractant hanc quæstionem, an arræ datio sit contractus *Dd. in l. 17 C. de fide instrum.* & licet magis videatur negare Cyn rectius tamen affirmat Salicet, ibid & Martini, quem pro dissent. allegat Tr. sententiam ita explicat, quod intellexit, dationem arrarum non esse contractum per se subsistentem. Quæstio hæc decidenda est ab effectu dationis hujus, qui ex constitutione Just hic est, ut qui à contractu recedit, arras amittat: ut proinde intelligatur v.c. qui arras dat, tacite se obligare quod contractum servate, & si non servet, arras amittere velit: quæ ratio facit, ut potius quasi hunc contractum, quam verum contractum esse debeat existimari.

Condictione ex lege.] Hæc quoque quæstio, quænam actio hic competat, tractatur à Dd. *d. l.17. C. de fide inst.* & ibi gloss. sicut & in *princ. Inst. h. t.* proponit tres actiones sive tria remedia, condictionum ex lege, actionem contractus & officium judicis. Verum nullum hic officium judicis, nisi quod subservit & accedit actioni, esse potest. Odofredus, Cyn Salic. distinguere magis videntur, an versemur in terminis contractus perfecti: an imperfecti hoc casu opus erit cōdictione ex lege, quæ scilicet hanc obligationem, de qua paulo ante actum, introduxit: contractu autem perfecto nihil video quid impediat, quo minus ex cōtractu agi possit: quoniā oēs præstationes, quæ lege vel edicto circa hunc contractum cōstitutæ sunt, in actionem ex emto venire possunt, etiamsi res tendat ad cōtractus dissolutionem *argum. l. 11. § 6. de act. emt.* de quo etiam infra p. 2. disput. 2. th. 2. lit. C.

LIT. C. & D.

Verissima sententia est, quod perfecta venditione periculum sit emtoris, & vere indigno ICto cōtraria Cujacii opinio, contra quam tamen nō valde stringit ratio Tr. quod æstimatio rei transferat periculum in eum, cui facta est: quia petit principium. & hoc ipsum dubium, an simplex & sola æstimatio istum habeat effectum *arg. l. 17. §. 1. de præscript. verb. l. 11. in pr. de reb. cred.* Sed præter textus in hanc rem expressos *in l. 11 §. 12. quod vi aut clam* & in aliis locis, quos citat Ant. Fab. 2. conj. 4. affirmantem sententiam cōtra Cujac. hæc solida & invicta ratio cōprobat: quod qui tantum præstat custodiam, & dolum & culpam, nō potest teneri de periculo & interitu naturali rei: atqui venditor perfecto cōtractu tantum obligatur ad custodiam, & in ea præsta. dolum & culpam, *l. 2. §. 1. cum seqq. de peric. & comm. l. 23. de R. I. l. 2. § 1 commodati*; ergo &c. Et quod venditor rem alteri tradendo eum dominum facit, fit potestate & vi traditionis, quæ simplici obligatione potentior est: & quoniam facto illo fidem venditor rumpit, imo crimine falsi se implicat, in dubio id nunquam facturus, sed ex fide rem traditurus præsumitur, & ubi primum in culpa vel mora venditor esse incipit, in ipsum periculum transfertur ab emtore, qui nō petendo rem, quam statim poterat, moram cōtrahere & tanto æquius periculum sustinere intelligitur. Et in regula illa, quod res domino pereat, opponitur dominus iis, qui tantum usum, vel custodiam aut possessionem rei habent, nō iis, qui ex cōventione, jus rem quandocunque voluerint avocandi, & in se totum transferendi quæsitum habent: ut adeo eo respectu venditur quasi non dominus esse videatur, eo etiam argumēto, quod, ut paulo ante dictum, custodiam rei, dolum & culpam præstare tenetur. In specie *l. 33. locati.* qua sola Cujac. utitur, res adhuc extat, ideoque venditor qui ex accidenti rem tradere nequit, actiones suas cedere tenetur § 3. *ve. ult. Instit. h.* quas si nullas vel inefficaces habeat, merito pretiū restituere tenetur: & vere est Dd responsio, culpā ibi venditoris, ut fundus publicaretur, intercessisse: quod si citra ejus culpā per injuriā judicis publicatio facta sit, (tertium autē dari nō vide-

videtur) ea potius penes venditorem, cui res ablata est, residere debet. Neque obstat, quod ubi culpa intervenit venditoris, is non ad pretium tantum reddendum, sed etiam ad totum interesse teneri debeat: quia culpa ista non tendit directo ad negandam seu impediendam traditionem, quo casu tantum ad interesse emtor agere potest. Aliæ objectiones ab Ant. Fab. & aliis satis bene expediuntur. Addit autem lit. D. sententiæ affirmativæ Tr. limitationem, quod non obtineat in venditione conditionali. Quæ exceptio vitiosa est, quia cum conditio obligationem & totum actum suspendat, venditio conditionalis nullo modo venditio est, tantum abest ut perfecta dici possit, & est in hanc rem textus expressus *in l. 7. in prin. h. t.* venditionem conditionalem tum perfici, ubi impleta fuerit conditio. Altera quoque ibid. adjecta exceptio non recte se habere videtur, de culpa alterutrius interveniente: quoniam verbum *alterutrius*, utrumque & venditorem & emptorem complectitur: hic autem si sit in culpa, tanto magis periculum ejus erit: eoque culpa tantum venditoris hoc proponendum erat, in quem ea periculum ab emtore transfert.

THESIS IX.

LIT. C.

Ait quod ei cui venditus est fundus sub pacto addictionis, & interea precario traditus, detur interdictum, quod vi aut clam, & tanquam inter se dissentiant allegat Cujacium & Robertum. Verum non de hoc inter ipsos controversia est, quod satis expresse in citato textu traditum est, sed de lectione *l. 11. §. 11. quod vi aut clam*, in cujus §. prin. Cujac. vult addi negationem, quod aliàs *in eod. §. vers. si tamen.* frustra de eo dubitaret ICtus, quod jam in prin affirmaverat. Sed Robertus bis idem propôi existimat, quod duplex sit causa dandi interdicti, una quia in possessione est, altera quia eius interest. Verum apparet hæc non proponi tanquam diversa à ICto, sed ideo interesse dici, quia possidet, ut apparet *ex d. vers. si tamen.* ubi dicitur, interesse eius qualiter qualiter possideat. Sed & Cujacio obstat, tum quod *non precario tradi*, non tantum opponitur ei casui, quo simpliciter res traditur, sed etiam quo interim conducitur: tum quod ubi simpliciter res traditur nulla ratio dubitandi est, & aliàs correctiones textuum sunt odiosæ. Et fortassis non adeo absurdum fuerit, quod semel propositum erat iterum inculcare, propterea quod hac de re inter Iulianum & Cassium esset controversia: cum etiam constet nos non continuatum in libris ICtorum textum, sed male consarcinatos habere centones.

LIT. D.

Agit hic de pacto legis commissoriæ in venditionibus, per quod res fit inemta, & in allegatis subiicit per illationem, pactum ut venditori aliquid detur loco interesse, donec pretium solvatur, valere nec esse usurarium. Atqui hoc ex priori illo utpote diverso, inferri nullo modo posse videtur. Deinde quod ipsam rem attinet pactum eiusmodi magis est ut usurarium videri debeat: quoniam cum dubio procul quantitatem certam venditori promissam intelliget, interesse illud, quod ab usuris distinguitur, & iure Ca. admittitur, illud dicitur, quod ratione lucri cessantis vel damni emergentis sibi abesse in iudicio quis probare potest. Et cum usuræ dicantur, quæ ex causa contractuum bonæ fidei pacto promittuntur *l. 5. C. de pac. int. emt.* non video quomodo non pactum istud de quo Tr. agit, usurarium sit dicendum. Debebat etiam hic Tr. distinguere inter ius Can. & civile, quoniam secundum hoc vitiosè dicitur per oppositionem, valere & esse usurarium: quippe quod iure civili usuræ propriè dictæ, licet in conventionem deducantur: quod iur Canon. secus habet, ex quo sententia Tr. defendi potest, si ex pacto ad emtorem pertineant fructus: quod hoc casu æquitas compensationis citra ullam conventionem, usuras præstare suadeat. *l. 2. C. de usur.* cæteroquin falsa erit: qua admissa canones, quib. usuræ damnantur, eludendi expedita esset ratio, si nomine eius, quod interest aliquid stipulari vel pacisci liceret, de quo pluribus infra part 2. disp. 3. Diximus autem initio, *pactum legis commissoriæ*, quomodo passim loquuntur Dd. non ignari legem hic nihil aliud quam pactionem & conventionem denotare: sed illi magis de rebus, quam verbis solliciti esse solent, neque adeo erat, cur tantopere eos rideret *Ant. Fab. decad 21. err. 1.* qui etiam ead. dec. error. 9. non veretur, stolidos appellare eos, qui dicunt pignus obligatum: neque animadvertit superciliosus ille censor, ipsos ICtos ita loquutos *in l. 13. in pr. de pignor l. 3. in fi. & l. 19. qui potiores.* quo sensu hypotheca obligata dicitur *in l. 16. § pen de pign.* quoniam pignus & hypotheca citra considerationem illam qualitatis pro re ipsa usurpari potest: quin quod magis mireris, legimus *in l. 23. §. 1. de pignor.* pignoris

obligationẽ obligari. Et idẽ Fab. *dec.21.err.1.* iniquissime & perstricta fronte Hottomannum sugillat, ac si legem cõmissoriam inter leges pop. Ro. retulisset, quam calumniam à Cujacio primum natam, solide & perspicue ab Hottomanno cõfutatam esse ignorare, vel non poterat, vel non debebat. Est autẽ pacti huius iste effectus, ut potestate sua resolvat venditionem, & dominium rei ipso jure redire faciat ad venditorem, quod à cõtrario sensu probat *l. ult. d. leg. commiss.* & apertius *l.5 eod. tit. & l.4 C. de pact. int. emt.* qua in re labitur Vasqu. dissentiens *cap.69. illustr. controvers.* Pro quo nihil facit *l.3. C. de pact. int. empt.* quia nõ parum interest, quomodo verba pacti concipiãtur, & in dubio extra casus exceptos pacta ultra naturam suam vulgatem non operantur: accedit quod in specie *d. l.3.* pretii pars ab emtore data fuit: & nulla responsio est Vasq. ad leges paulo ante citatas, quod ibi venditor non habuerit fidem de pretio: quia imo vi pacti fundus ad venditorem redit, cum aliàs regulare sit, fide de pretio non habita dominium non transire: nulla etiam est ratio differentiæ à Vasq. inter pactum cõmissorium & addictionis in diem allata, quod eo casu, non etiam hoc fit in potestate emtoris satisfacere pactioni: quia hoc non pendet à facultate emtoris, sed à potestate pactionis actum resolventis; ut proinde falsum sit, quod idem Vasq. illo casu dominium irrevocabiliter transire affirmat: & omnino in specie *d. l.3.* nihil aliud esse videtur quam pactum de retrovendendo, de quo th. seq. Hinc seq. quod re inemta facta etiam fructus interim percepti sint restituendi venditori *l.5. de leg. com.* qui retro resolvitur contractus initus quippe sub conditione resolutiva: & sicut cõditio suspensiva hoc operatur, ut ea existente retro contractus pure celebratus fuisse credatur: ita ex adverso facit conditio resolutiva, ut retro nihil actum esse videatur. Pacto tamen ut fructus interim percepti lucro emtoris cedant, effici potest, quam sententiam receptissimam esse fatetur *Anton. Fab decad.22. e.2.* ipse tamen eam improbat, hac ratione, quod implicet contradictionem, fundum fieri inemtum, & fructus jure emtionis retineri. Verum inepta hæc ratio est, quod nihil obstet, quo minus hoc operetur titulus emtionis, qui interim in rei veritate adfuit: & cum aliàs contractus ex conventione legem accipiant, & pactis eorum quoque natura immutari possit *arg. l.24. & 26. depos.* ridiculum sit negare, istud de quo quærimus, pactione effici posse, quo etiam tantum non expresse in casu pacti addictionis in diem, cujus eadem hic ratio, traditum est *in l.6. in fin. de in diem addict.*

THESIS X.

LIT. A.

Agitur hic de pacto de retrovendendo, quod non impedire translationem dominii, satis perspicuum est, cum nec pactum commissorium hoc impediat, licet potestate sua cõtractum dissolvat, quod in hoc pacto secus esse, paulo post tradit Treutl. Et Zas. citato loco hoc confirmat, quod ex pacto isto non quæratur venditori jus reale, contrariam autem sententiam nemini imputat, sed istam doctrinam adeo manifestam esse dicit, ut contrarium impossibile esse putet, licet verba, quibus Treutl. utitur, apud Mynsing. citato loco extent, & pravo judicio, ut paulo ante dictum, ut hujus pacti ipso jure contractum resolvi Vasq. existimet.

LIT. B

Transit hoc pactum in hæredes.] Rectius dixisset, quod effectus huius pacti, obligatio & actio trãseat, & de quo l. C. cedi possit. Adjicit autẽ in exegesi, quod non transeat in successorem singularẽ. Quod proponi & quæri potest de successore & venditoris & emtoris. De illo casu tractat citatus Gail & recte probat, quod jus ex hoc pacto quæsitum, etiam in hæredes venditoris transeat: ut proinde quod de successore singulari tradit Tr. itidem ad successorem venditoris referẽdum videatur, quod suadet ipsa conjunctio & oppositio, & quod lit. C. de cessione subiicitur, quæ nihil aliud esse potest, quam ipsius actionis ex pacto quæsitæ cessio: incongrue a diciturac̃tio cedi respectu eius, contra quem datur. Et tamen in successore singulari venditoris quæstio illa locum non habet, cum nullus fingi possit successor singularis in re, quæ jam alii vendita tradita est. Quod ad emtorem attinet, hæredem eius teneri, dubium non est, successorem autem singularem non teneri docet Treutl lit. C. ex quo tanto magis colligere licet, quod lit. B. de successore venditoris Treut. agere fuerit propositum, quod alias odiosa illa & otiosa fuerit repetitio.

LIT. C.

Extraneo cedi potest.] Videlicet actio ex hoc pacto quæsita: cujus rei manifesta ratio est, quoniam actiones quævis conventionibus in alios transferri possunt per notata supra thes. 4. *leg. 1. C. de novat.* dum tamen absit simulatio & fraus *iuxta l.22. & 23. C. mandat.* Nihil autem necessum

cessum erat adjici de extraneo, quia in hæredem per se jus illud transit. In vers. *personale tamen* (rectius dixisset autem,) alius casus proponitur pertinens ad emtorem, contra quem solū est actio ex hoc pacto, non etiam contra tertium possessorem, quia tantum & nihil nisi conventio est. per notat. Zas. *d. cons. 12. lib. 1. n. 34.* & siquidem venditor purus, qui statim tenetur, rem alteri vendere & tradere potest, ita ut contra tertium illum nulla sit emtori actio, etiam & magis poterit, qui tantum ad retrovendendum est obligatus. Et facit expresse pro hac sententia *l. 2. C. de pact. int.* & quam ad hoc etiam ponderat *Zas. d. loco* & inepta responsio *Vasq. d. c. 69.* quod ibi sit verbum obliquum: *restituatur,* quia non tam à verbis, quàm à natura & qualitate pactorum hi effectus pendent: & illa distinctio, cuius etiam in F. lit. meminit Treu. nec ipsi quidem Vasquio satis probatur. Neque obstant quæ de pacto cōmissorio & addictionis in diem paulo ante tradita fuerunt: quoniam alia & specialis eorum pactorum ratio est, quibus iste effectus non tam propria virtute, quam autoritate legis inest, & fortassis etiam illis, quibus conditio resolutiva expresse à partib. contractui adiecta est, *arg l. 41. in pr. de rei vind.* cætera pacta nihil nisi pacta manere, id est, non nisi actionem personalem ex ipsis nasci statuemus. Neque obstat *l. 13. in fi. pr. de pign. act.* ubi ex pacto creditoris actio in rem datur debitori, juncta *l. voluntate 10 §. ult quib. mod. pign. solv.* nam ut non dicam, quod Ant. Fab. existimat *deca. 21. er 9.* vet. illum à Trib. esse adjectum, dici potest specialiter hoc receptum, ut aliquis effectus sit pacti, qui aliàs nullus esset, cū actio in personam ex illo pacto debitori quæri non possit, & ita quidem receptum dicam, ut pacto illi data sit vis pacti resolutivi quod eleganter probat *d l. 10. §. ult quib. mod. pig. solv.* quo posito necessum est jus pristinum vindicandi salvum manere debitori: cui casus similis est *in l. 7. §. 1. distr. pig.* Manet ergo firmum, quod pactum de retrovend. rem non afficiat: à qua sententia directo non dissentiunt citati Gail. & Tiraq. qui loquuntur in terminis diversis juris retractatus lege introducti, quæ procul dubio potētius operatur quam pactum, ideoque ex ea condictionem sive actionem in rem scriptam nasci ait Gail & aliàs facile jus illud cognatis competens eludi posset.

Fructus tempore venditionis.] Fructus eo tempore, quo ex pacto de retrovendendo agitur, pendentes pro rata temporis dividendos esse existimat Treutler. Verum ratio ista dividendi, haud scio quomodo mihi suspecta sit, neq; eam temere alicubi jura nostra probare solent. Et fortassis Zoanetti sententia *tractat. de emtio. & vend. n. 137.* quam ipse pro Treutl. citatus Tessaur. juri magis convenire putat, probanda erit: ut videlicet siquidem tempore primæ venditionis fructus jam percepti & collecti fuerunt, evictio quoque fundi per actionem ex isto pacto non nisi collectis fructibus permittetur, & interim actio denegetur. Neque movet, quod Tessaur. objicit, ita non posse dici casum, quo pacto concessa est facultas quandocunque redimendi: etenim actio ista civiliter & ita accipienda est, ut certus annorum terminus exclusus intelligatur, non autem ut nimis vaga & licentiosa quocunque mense vel die evictio fundi permittatur: quod si hoc expresse actum sit, imputandum hoc dicam emtori, qui tale pactum adjici permisit, & hactenus tantum ei succurrendum, ut sumtuum in culturam & curam agrorum factorum ratio habeatur.

LIT. G.

Ne quidem 30. annis.] Verior est sententia contraria, quod juri quæsito ex isto pacto triginta annis præscribi possit, per textus generales *in l. 3. C. de præscript. 30. annor. & in l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Ex quibus omnes actiones omniaque jura 30. annorum præscriptione excluduntur & tolluntur. Et rationes Gail. per quas hoc se defendere ait Tr. omnino frivolæ & nullius momenti sunt: velut illa, quod bona fide opus sit: quoniam hæc præscriptio nec titulum nec bonam fidem desiderat, sed sola exceptione temporis & finitæ actionis reum defendit, quod exemplo actionum commodati & depositi apparet. Neq; obstat *l. 7. §. 4. C. de præscript. 30 annor.* quoniam hæc obligatio non conditionalis aut ex die, sed pura est: quod si pacto conditionem vel diem adjectam fuisse, proponas, existente conditione, vel veniente die præscriptionem demum currere facile admittam.

THESIS XI.

Quæ hic usque ad lit. F. traduntur, satis plana & perspicua sunt: id tamen quod lit. D. de fructibus emtori præstandis dicitur ad eos, qui tempore contractus extiterunt, pertinet, & amplius ad eum casum, quo nulla mora quo minus pretium solveretur, fuit in emtore: cætero quin fructus lucro venditoris cedent.

LIT. F.

LIT. F.

Arbitrium dat emtori agendi aut ad rem, aut ut ipse loquitur, ad interusurium. Qua voce plane abuti videtur, quoniam interesse quod peti potest, ab interusurio proprie dicto utique est diversum. Sed & cum arbitrium illud & electio emtoris tantum habeat locum, quo casu venditor in mora est, & rem injuria tradere recusat, quod aliàs ex natura obligationis ipsa res petenda est *arg. l. 1. in princ. de act. emt.* male simpliciter hoc à Tr. arbitrium emtori datur: neq; Treutl. qui simpliciter de actione emtori danda hic tractat, ad casum, quo venditor in mora est, restringi potest. Sed neque dicere possis, in casu demum moræ de actione ex emto quæri posse: vel quia hic absolute & quasi in abstracto, ad quid hæc actio competat, disputatur, vel quia venditor etiam ex justis causis, velut si pretium non solvatur, traditionem recusare potest.

Iure tamen Saxon.] Posita sententia quam supra veriorem esse probavimus, quod venditor præcise ad rem tradendam non teneatur, nulla hæc erit differentia juris civilis & Sax. cæterum textus citat. paulo obscurius loquitur, sed verba finalia favent sententiæ Tr. stirbt einer der sein gut einem andern aufflassen sol / dessen Sohn ist es nit schuldig auffzulassen/ licet textus latinus hoc ad feudalia restringere videatur. Apparet autem textum illum de casu quo res nondum tradita fuit loqui; ut nulla sit cautela Tr. qua hæres tempore traditionis renuntiare juri suo teneatur nisi forte hic typographi error est, & pro *traditionis*, legendum est, *venditionis*. & hic tamen scrupulum movet, quod tempore venditionis hæres incertus est, ut adeo juri quod hæred. futuro competit, certa persona renuntiare non posse videtur: utique ut maxime ipse renuntians obligetur, non satis tutus erit emtor, cum jus testandi & hæredes quos vult scribendi, & liberis etiam suis adjungendi, liberum sit venditori. Facit tamen pro Tr. textus *cit. art. 9* der sohn ist es nit schuldig auffzulassen/ er habe es dan selber mit gelobet/ oder Bürgen darfür gesetzt: licet ut paulo ante dictum istum locum de feudalibus latinus interpres accipiat, in quib⁹ cum jus testādi vasallo nullum sit, certior successor esse potest.

LIT. G.

Hic quæsitum.] Si venditor fundi accepta parte pretij pro residuo in instrumento venditionis sibi reservaverit hypothecam in re vendita, omissa solennitate judiciali jure Saxon, requisita, negat venditorem istum præferri alijs creditoribus qui postea hypothecam judicialem sunt consequuti. Vbi intelligi oportet rem non venditam tantum, sed simul traditam: illud necesse non erat, ut poneret in quæstione, partem pretij solutam fuisse, cum eidem quæstioni locus sit, si nulla pars pretij soluta fuerit; neque necessum erat facere mentionem instrumenti venditionis, quod de essentia contractus non est: sed illud pejus, quod venditorem præferri negat, ex quo necessario infertur citra concursum aliorum creditorum, qui judicialiter hypothecam acceperunt, pactionem venditoris & hypothecam valere: q tamen contrariatur ei quod expresse ipse tradit jure Saxon. non valere hypothecam rei immobilis extra judicialiter factam, quod & suadent verba *art. 8 in pr.* wo ein Mann sein Eigen vergibt oder versetzt/ deß muß der Richter gezeug seyn: longe autem aliud est, hypothecam non valere, & creditorem in ejus persecutione alijs postponi: velut etiam jure civili qui in hypothecam privato instrumento prior accepit, postponitur ei, cui res licet postea instrumento publico obligata fuit *l. scripturas 11. C. qui potior. in pign.* Cæterum quod ad ipsam rem attinet, tentari possit, sanctionem istam juris Saxon. ad istum casum specialem, quo vēditor tradendo rem hypothecam sibi reservavit, porrigendam non esse: quoniam jus illud collatum cum jure nostro, rationem habet juris statutarij, quod ita explicandum est, ut quam minimum discedatur à jure communi: specialis autem hic casus est, quo hac lege venditor rem suam tradidit, aliter eam non traditurus *arg. l. ult. in f. C. d. pact. int. emt.* in cujus specie alia quædam pacta per se invalida, quod traditioni rei propriè adjecta sunt, admittuntur. Induci ad hanc rem potest, quod proponitur de re, quam minor emit *in l. 1. § ultim. de reb. eor. qui sub tut.* ubi negatur valere adiecta à venditore pactio, ut donec pretium solvatur, res ei pignori sit obligata: quod scil. cum pignus non nisi dominio quæsito minori incipere possit, ita tamen jus est, ut res minori acquisita pignori obligari nequeat. Hæc summi & stricti juris ratio pro Tr. facit, sed ea non obscure improbatur à Paul. *l. seq. eod. tit.* ex hac non ineleganti ratione, quod cum dominio pignus quæsitum sit, & ab initio obligatio inhæserit. Quæ ratio non absurde ad quæstionem hanc transferri potest, ut non obtineat Ius Saxon.. ubi cum ipso dominio pignus incipit, &c. neque dubium est, Pauli potius hanc

hanc ſententiam probandam eſſe. Nimis autem prolixus in iſta quæſtione Treutl. eſt, & in F. hujus lit. in terminis juris communis commendat cautelam Fabiani de monte, ut hoc pactum inſeratur venditionis [illegible] (nihil neceſſum erat & hic inſtrumentum requirere,) quod venditor dominium in emtorem non niſi pretio integro ſoluto transferri velit. Quæ cautela nec apta nec neceſſaria eſt: quoniam cum hic de pignore & hypotheca quæratur, cautela iſta ad reſervationem dominii pertinet, & cum jure civili ad conſtituendum hypothecam judiciali ſolennitate opus non ſit, apparet etiam citra iſtam cautelam extra judicialiter de hypotheca venditorem paciſci poſſe. Stante autem Treutler. ſententia negativa, in terminis potius Juris Saxon. cautela utilis erit, ut venditor rei perſecutionẽ, quam pignoris jure nequit, jure dominii ſibi conſervet: neque abſurda hæc reſervatio erit, cum aliàs jure civili fide de pretio non habita, nõ tranſeat dominium, non videtur autem fidem de pretio habere qui jus eum perſequendi pretio non ſoluto reſervat.

THESIS XII.

LIT. A.

Vulgata nec expedita tamẽ hic movetur quæſtio, an vendita hæreditate jus accreſcendi tranſeat ad emtorem, de qua præter citatos à Tr. vide *Gemeſ.* 1. *var. reſ.* 10. *n* 44. *Fach.* 5. *contr. ult. Ant. Fab. dec.* 50. *erro.* 5 *Lycklam.* 9. *membran.* 9. Duplex autem quæſtio eſt, an ipſo jure & recta accreſcat emtori, an venditor quod accrevit ipſi vi contractus emtori præſtare teneatur. In priori negativam ſententiam amplector, quod jus accreſcendi profluens ex præſumta voluntate defuncti & vigore jureque inſtitutionis competens, non niſi abſurde ei tribui poſſit, de quo nec cogitavit teſtator. Sed obiicitur *l* 33. *in f. de uſur. juncta l. ſi totam.* 83. *d acquir. hær.* ex quibus portionem portioni accreſcere probatur. Reſponderi ſolet, cum pretium maxime in univerſalibus loco rei ſuccedat *l.* 22. *d. pet hæred.* ſatis videri portionem habere qui pretium habet, quod firmatur *ex l.* 35. §. 1. *d. uſufruct.* & quod petitio hæreditatis aliquando contra ipſum emtorem, utique autem contra venditorem tanquam qui rem adhuc habeat, detur, *l.* 14 §. 1. *de pet hær.* Verum quia hæc reſponſio nulla eſt in caſu, quo hæreditas donata proponitur, neque magis donatario quam emtori jus accreſcend. tribui poteſt, malim defendere *cum Ant. Fab. d. decat.* 50 *erro.* 5. illud ipſum jus, quod etiam vendita hæreditate manet penes heredem, loco portionis fungi, modo nihil ſupveniat, quod vitiũ juri illi hæredis inferat, quod accidit in ſpecie, *d. l.* 83. *d. acqu. hær.* ubi heredi tãquam indigno portio ablata fuit, quoniã qui indignus eſt portione ſibi adſcripta, nihil omnino [illegible] habere debet. Eaq; vera & adæquata ratio eſt *ad d. l.* 83. [illegible] qua ibidẽ utitur ICtus, quod rem non videatur habere: [illegible] ſecundũ jam dicta per rem ipſum jus perſonale hæredis intelligamus, ut propter indignitatẽ illã perinde habeatur, ac ſi plane ſcriptus non fuiſſet, ꝙ confirmat verbum *videtur*, quoniã quoad res ipſas hæreditarias, eas nõ habere hæredem indignum, certiſſimum eſt: licet etiã aliis non paucis locis ICti nõ omnino exactis rationib uſi fuiſſe deprehendantur. Et tamen ratio illa *d. l.* 83. quomodocunq; accepta, de cõmuniter contingentibus & cum de hac re diſputarunt ICti, nõ ſemper oẽs caſus, qui unq̃ contingere poſſent & in ſpecie, vẽditæ hæreditatis, reſpexiſſe videtur. Quod ſi ita præciſe portio rerũ hæreditariarum hic neceſſaria eſſet, ſequeretur neceſſario, hæredem eũ, cujus ultra adeuntis portio legatis vel ære alieno exhauſta eſt, jus accreſcendi nõ habere, ꝙ abſurdum eſſe cõſtat. Sequitur altera pars quæſtionis, an cõmodum quod per jus accreſcendi venditor conſequutus eſt emtori præſtare teneatur: quod quo minus affirmare liceat, rationes prædictę nõ impediunt, quod aliud ſit non accreſcere emtori, & emtorem quod accrevit venditori ex cõtractu petere nõ poſſe, quomodo licet actiones directæ penes venditorẽ maneant, quicquid tamẽ exegit emtori præſtare tenetur: & cum per averſionẽ omne jus hæredis venditum videatur, quo & cõmoda & incommoda cõtinentur, nihil abſurdi videatur, jus accreſcendi etiã ea venditione comprehenſum eſſe: nec abs re eſt quod ſcribit *Licklam d li* 6 *c.* 9. cũ qui jus univerſum vendit, univerſum etiã bonorum ſtatũ ex eo reſultantẽ vendidiſſe videri: & cum emtor nominum hæreditariorum, licet ea non ſatis habuerit cognita, periculũ ſuſtineat, nec iniq; lucrum juris accreſcendi ſibi vindicabit, quod in re ipſa conſiſtit, nõ nudum jus & nomen hæredis reſpicit, cuiuſmodi quæ ſunt, & in ſpecie nudum jus exercendi directas actiones, hæredi venditori tantum relicta videntur. Neq; obſtabit *l.* 2. §. 1. *d. hæred. vend.* ubi dicitur id venditum, quod pervenit ad venditorẽ tempore cõtractus: vel quia poteſt videri perveniſſe, vel potius ꝙ ibi tẽpus venditionis opponitur tẽpori mortis vel aditæ hæreditatis, ut illud

præstare venditor non teneatur ꝙ ante contractum ex rebus hæreditarijs perijt, non autem excluditur cõmodum quod postea ad venditorem pervenit: cum etiam *in pr. d. l. 2.* hoc agi dicatur ut neque amplius neque minus juris emtor habeat, quam apud venditorem futurum ... plane ... *in pr. d. bonor. possess.* quoniam hoc tantum dicimus, emtorem jure contractus lucrũ illud actione ex emto persequi, quod jure institutionis venditori acquisitum erat. Quæ licet ita disputari possint, ego tamen hic quoque in negãtem sententiam proclivior sum, quoniam cum totius hujus quæstionis in eo cardo versetur, an hoc inter partes actum cẽseatur, ut commodum istud transiret in emtorem, quod juxta vulgatam & certam regulam juris contractus & quicunque actus non operentur aut porrigãtur ultra intentionem agentium & contrahentium, quod alias alterutri parti iniqua inferretur conditio: non potest nostro casu venditum videri neque de eo cogitasse contrahentes, quod an ad venditorem perventurum esset, & ipse & emptor ignorasse intelliguntur. Et ergo cum pretium rei venditæ proportionatum intelligatur, non nisi pars jam actu quæsita, vendita credi potest, & inferretur venditori injuria, si quod ex diversa causa consequutus est, & in quod pretiũ constituisse credi non potest, præstare teneatur, quod videri non possit aliud vendidisse, quam illam ipsam & solã partem, in qua institutus fuit, & quam aditione acquisivit. Et uero si hæredem V.C. in quinta vel sexta parte institutum eam vendidisse proponatur, absurdum fuerit partem longe majorem accrescẽtem ad emtorem pertinere debere. Secundum quę explicanda sunt, quæ sub titulo de hæreditate vẽdita, præsertim *in leg 2.* passim traduntur, quod vendatur omne jus hæredis, ꝙ tantũ ad emtorem transeat, quantum penes venditorẽ est vel futurum esset, ita ut etiam *in d. l. 2. §. 18.* emtor vicem hæredis obtinere dicatur: omnia nimirum ista, & si quæ sunt ejus generis alia, de parte ipsa vendita, de qua etiam tantum inter contrahentes actum est, sunt accipienda. Ex his autem infertur, inanem & frivolam esse distinctionem traditam à Lycklam. *d. lib. 6. c. 9.* an vendiderit quis hæreditatem, postquam eam nude adivit, an postquam etiam possessionem apprehendit, ut in illo casu, non autem hoc jus accrescendi in emtorem transeat: quoniam illo etiam casu militare ... ingunt rationes antea adductæ & cum hæreditas sua contineat jura, non potest quis censeri, ita vendidisse hæreditatem, ut tantum ea quæ actualiter apprehendit, voluerit alienata, quod hoc & naturæ contractus super vendita hæreditate, & quæ de ea sub ... illo traduntur ... non hæreditatis, sed rerum hæreditariarum imo fere singularum, futura esset venditio.

LIT. B.

Multa hic peccat Tr. ait, emptionem hodie uno nummo rectè fieri, & diversitas rationem inter jus novum & vetus hanc reddit, hoc ideo non potuisse olim fieri, quod talis venditio à donatione tum temporis distingui non poterat. Quæ ratio non concludit, neque sequitur, nõ poterat distingui à donatione, ergo non poterat fieri uno nũmo: neque hic ambagibus opus est, cum vera ratio sit in proclivi, ꝙ imaginaria vẽditio nulla est, & in venditione requiritur verum pretium, & ꝙ cum merce, si nõ exactam, aliquam tamen habet proportionem. Cui consequens est, quoniam vẽditionis eadem hodie ratio est, eam nec hodie uno nummo fieri posse. Sed alia quæstio est, quam à priori non satis accurate distinguit Tr. an venditio uno nũmo facta valeat jure donationis: ꝙ non improbabiliter affirmat Tr. à cessante ratione juris antiqui, quo, ita enim hoc explicandum est, nuda conventione non fiebat donatio, quod hodie secus post *l. 35 C. de donat. & §. 2. Inst.* licet in contrarium moveat, quod constitutiones novæ non debeant extendi & constitutio Iustin. de illo casu recte accipitur, ubi inter partes de donando actum fuit, neque imaginarius tractatus de vendendo protinus donationem converti debet, cum nulla ratio videatur quo minus imaginarius venditor expresse animum suum de donãdo declararet: quod si fraus & color in casu prohibitæ donationis quæsitus sit, tanto minus actus subsistere debet. Cæterum rationi superiori Tr. etiam hoc obstat, ꝙ cum nihil prohiberet jure veteri rem ab emtore in stipulatum deduci, hoc casu ex sententia Tr. inferri posset, venditionem uno nummo factam valuisse, quod etiam donatio stipulatione firmata effectum haberet. Porro Tr. aliam quoque rationem, cur actus ille venditionis olim nõ valeret, addere videtur, quod jure veteri non aliter p donationem dominium transferri poterat, quam si uno nummo res venderetur. Atqui quo modo hinc ad hujus quæstionis decisionem, & ad veteris novique juris diversitatẽ recte inferatur, ego nullus video, quin inde potius concludere liceat olim venditionem

uno nummo factam donationis jure valuisset. quod & falsum & ipsi Tr. contrarium est. Quin nec illud verum, quod in omni translatione ex causa donationis jure veteri necessum fuerit rem vendi uno nummo. Licet enim in alienationibus rerum speciem quandam venditionis per nexum & mancipationem legamus intervenisse, attamen 1. illud non fuit universale. 2. tantum intervenit & necessarium fuit ad effectum transferendi dominij, quiritarij, 3. tantum obtinuit in rebus, quæ mancipi dicebantur, juxta notata supra hac disputat. thes. 1. l. A. denique tantum jure antiquissimo hoc obtinuit & jam diu ante Iustin. otiosas illas solennitates in desuetudinem abijsse verissimum existimo. Postremo hac lit. ut obscura plane aut inepta est explicatio *l. 66. d. iur. dot.* & cum cæteris quas Treutl. tanquam contrarias proponit, conciliatio. Res plane perspicua est, quod in textibus initio lit. B. allegatis, agatur de venditione vera, sed *in l. 66 de iur. dot. vendita.* celebratur ad expediendam solennitatem juris, ut recte loquitur ipse allegatus Contius: quoniam enim ususfructus mulieris contemplatione in dotem datus marito, ex ratione juris ab ipso avelli non posset, & mulieri restituendus esset, cui injuria fieret, si verum pretium marito præstare teneretur. remedij causa introductum fuit, ut titulo tenus vēditione interveniēte uno nummo celebrata res in mulierem transferretur, de quo pluribus actum est supra dis. 16. th. 10. adeoque omnia illa verba Treutl quæ nullum plane sensum habent, expungenda sunt, dum ita ait: *ergo juxta l. 66 d. iur. dot. in se considerata est emtio sed non valebat, quia donationis instar inducebat.*

Ad

DISPUTATION. XXIX. DE LOCATIONE, CONDUCTIONE, ET EMPHYTEVSI.

cōThesis I.

Lit. A.

Emphytheusin] Sed quæ sunt illa alia, quæ verbo locationis contineantur? Fortassis intellexit contractum censualem, libellarium, superficiarium, aut precarias: licet hic minus conveniant quæ præcedunt, quod locatio contineat omnem cōtractum, qui consensu de re locanda conducendaq; perficitur: quod hæc verba generali significationi repugnant.

Illud obiter.] Non videtur magni momenti hæc observatio, & vix puto, locationē conductionem unius verbi instar in jure nostro usurpari.

Lit. B.

Iuris gentium.] Nihil necessum erat hanc differentiam adjicere, quia non propria est, sed communis, cujusmodi & altera in definitione posita, *solo consensu initus.*

Lit. C.

Neq; literis.] Respicere videtur Tr. ad contractuum divisionem quadrimēbrem à Iusti. traditam Instit. de obligation. quam nos *disp. 20 th. 2.* refutavimus: cæteroquin literis simpliciter cōsideratis dicendum potius fuisset, quod hic contractus utpote consensu constans per literas fieri possit *arg. l. 2. d. pact. & l. 1. §. ult. de contrah. emt.*

Vel tacite vel expresse.] Atquin cum locatio cōtractus verus sit, qui à quasi cōtractu hac qualitate conventionis distinguitur, non videtur, nisi expresse contrahi posse, vel hoc etiam argum. quod ad constitutionem certæ mercedis consensus expressus requiritur. Neque obstet *l. 13. §. fin. h. t.* in quo non de locatione ab initio constituenda, sed jam constituta renovanda & continuanda tractatur: veluti si fundo in annum locato, dominus porro conductorem ibi manere patiatur, sub eadem mercede repetita locatio censetur: Aliud tamen exemplum tacitæ conductionis affert *Mozz. hic d. divis. locat. n. 11* si quis ædes sciente & patiente domino inhabitet: & singulis annis certam pensionem solvat.

Lit. D.

Et sic primum differt.] Liquidum hoc est, quod locatio non transferat dominium & in specie *l. 31. h. t.* non tam est casus singularis, quam potius aliud genus locationis irregularis proponitur, & quod notissimos locationis terminos excedit, quomodo de deposito responsum est *id l. 24. deposito.* De verbo *postulatum*, placet sententia *Turneb. 24 adversar. 2.* ubi notat etiam *pusculatum* eod. sensu legi posse, quin & *postulatum*, quod confirmat locus apud *Sueton. in Nerone cap. 44.* ad quem Casaubonus testatur, constanter in exemplaribus omnibus legi, *postulatum.*

Lit. F.

Non satis recte ad naturam hujus contractus in thesi utitur verbo præsentis tēporis, *mutatur:* quoniā cum contractus hic cōsensu perficiatur, dicendum potius, de fructu vel opera cum certa certâ mercede mutandâ.

Certa mercede.] Eadē hic locationis ad mercedē, quæ emtionis ad pretiū ratio est *l. 2. in pr. h. t.* ideoq; huc trāsferenda, notata *disp. præce. th. 6. lit D.* & rectius huc relata fuisset disput. th. 3. lit. 3.

Ex qua arguunt.] Improbat hic sententiam eorum, qui locationem valere putant, non expressa certa quantitate mercedis, si hujus determinatio ex consuetudine sumi possit. Est autem consuetudo alia loci, alia patrisfam. & amplius hic interest, an usus rei simpliciter, an cum ratione ad consuetudinem concessus sit. Priori casu non erit locatio, quod ejusmodi consuetudo necessitatem ita locandi nemini imponat, neque adeo certitudinem mercedis, quæ hic requiritur, inducat: posteriori casu locatio erit, veluti si dominus locare se dicat fundum, quanti aliàs locari solet, vel quanti ipse aliis antea locavit. Quod autem attinet ad *l. 18. C. h. t.* in ea omnino præsupponenda videtur certa merces, cum ibi proponatur locatio jam aliquot annos durasse, ut proinde cum mercedem sæpius solutam fuisse appareat, non possit consuetudo præterita aliter explicari, nisi quæ sit circa bonitatem frumenti antea soluti cum Salicet. vel si dubitetur, de quantitate initio constituta, ex tempore præterito de hoc statuatur, ut scilicet ex solutione tot V. C. modiorum frumenti, aliquot annis facta, eam quantitatem loco mercedis initio constitutam fuisse præsumatur: enimverò si nullam mercedem neque per se neque per relationem certam constitutam fuisse constet, non locatio, sed contractus erit innominatus.

Atque hinc præpostere.] Pergit porro Treut. improbare eos, qui ex ante traditis inter emtionem & conductionem differentiam statuunt. Ea autem non omnino videtur esse de nihilo, quia cum emtio in perpetuum & semel uno pretio rem totam transferat, non poterit commode ad consuetudinem pro definiendo pretio recurri, maxime propter gravitatem præjudicii, quod cessat in locatione, quæ fere annua esse solet: & cum constet ex *l. 13. §. ult. hoc tit.* tacite repeti locationem in ead. persona sub priori mercede, nō absurdum fuerit, repeti in persona diversa, præsertim si statim finita locatione res alteri locetur. Secundum hæc statui potest, aliquando futuram locationem etiam citra expressam relationem, ubi videlicet aliàs res solita fuerit locari pro certa mercede, quo modo hanc sententiam accipit *Gomes. 2. variar. resol. 1. n. 4.* Cæterum autores à Treut. allegati hanc differentiam emtionis & locationis non tradunt. *Bartol. & Salic.* ita ad consuetudinem non expressa mercede recurri dicunt ut plerumque contractum innominatum esse fateantur: neque aliud Bald. tradit, nisi quod consuetudinis sic habenda ratio. Cæterum Alexander in aliis plane terminis docet, quod conductus ad officium aliquod, intelligatur conductus cum consueto salario: & adhuc magis diversus Jason, hoc tantum docet, quod bonum sit argumentum ab iis, quæ solita sunt fieri, locationis in specie non meminit. Quæ scilicet ostēdunt autores istos aut nullo modo, aut nimis negligenter à Treut. inspectos fuisse.

LIT. H.

Improbat hic sententiam Dd. circa definitionem locatoris & cōductoris. Verum cum ab ipso Tr. locatio definiatur contractus, quo usus rei, vel personę, id est, opera, certa mercede mutatur, optima consequentia, res & opera locari dicetur, & consequenter qui mercedem accipit locator: qui dat, conductor erit. Nimirum locatio est ut jam dictum rei vel facti, id est, in usu rei vel personæ ejus effectus spectatur: illo casu idem semper est locator & conductor, hoc diverso respectu idem & locator & conductor dici potest: illud quatenus dicitur locari opus faciendum, hoc quatenus alterius operas conducit: quomodo ex adverso idem opus faciendum conducere, & operas locare dicitur: utriusque modi loquendi exempla passim apud autores occurrunt, & in jure nostro *in l. 11. § pen. l. 13. § 1. & 3. l. 10. § 7. leg. 25. § pen. l. 30. § 3. l. 48. in pr. l. 51. § 1. l. 60. § 3. l. 62. h. tit.* posterioris modi exempla occurrunt *in l. 1. in pr. d. æstimat. act. leg. 3. de his qui not. infam. l. 1. § 6. d. postul. l. 19. § 9. & l. 38. h. t.* & in terminis *in l. 22. § 1. eod.* qui aliquid faciendum recepit, locator & conductor vocatur.

THESIS II.

Pro regula proponit, quod locari possint res in commercio positæ: cui regulæ miror exempli loco subjici usumfructum, & similes res, in quibus hæc res minus perspicua est, cum ex Dd. communi sententia, non tam ipse ususfructus, quam commoditas utendi locata censeatur, de quo supra *disp. 16. th. 10.* Nec video quasnam intelligat similes res usufructui, præter habitationem, quæ ex constitutione Justin. locari potest. usus autem non potest *§. 1. & seqq. Inst. d. us. & habit.*

Adde etiam iura.] Exemplum affert citatus Bart. de jure percipiendi pedagii: quod tamen cum sit species quædam regalium, haud scio an recte huc, & inter ea quæ solo cohærēt, referatur.

Sed prædii servitutē.] Servitutē prędii locari posse negat, quod cohæreat prędio. Quæ ratio licet Bartoli.

tuli sit, tamen nō videtur bona, q ipse Bart. & cū eo Treutl. jura solo cohærentia aliqua locari posse cōcedunt. Neque satisfacit diversitas hæc, quod servitutes illæ non tantum prædio inhærent, sed etiam alteri prædio debentur. 1. quia magis, imo fere tantum inhærere videntur prædio servienti, ut nihil prohibeat, quo minus substitui possit aliud prædium dominans, cujus utilitatem respiciat servitus, quæ sc. locanda sit domino prædii vicini: quod exemplo pignorationis confirmatur, quæ si non obstante illa ratione Tr. admittitur, juxta tradita supra *disput.17.th.* 11. etiam admitti poterit locatio. 2. ratio ista Tr. non impedit, quo minus per locationem servitus ab initio constitui possit: sed hæc potius, quod naturæ servitutum repugnat, ut, præsertim expresse ad tempus constituantur *l.4.d.servit.*

LIT B.

Etiam aliena.] Hæc quæstio in omnibus fere contractibus occurrit, & hactenus locatio valebit, ut conductori ignoranti efficaciter obligetur locator: cæterum qui rem alienam sciens locat, contra officium facit, imo si res mobilis sit, furtum committit: quod si tamen cum eo dominus non concurrat, quo minus conductor mercedem præstet, jure non recusabit.

LIT. C. & D.

Etiam conductoris propria] Minus commode dici videtur locari res conductoris proprias: rectius, rem posse locari ipsi domino: quod accidit in rebus pignori datis *l.37.de pignorat.action.l.37. d.acquir.possess.* quibus locis proponitur dominus rem suam pignoris jure in creditorem translatā, ab eo conduxisse: & proinde in genere negandum non erat liter. B. conduci posse res proprias, à qua phrasi revera non differt, quæ in thesi ut diversa proponitur, locari posse res conductoris proprias: ideoque propositioni & regulæ negativæ, quod conduci non possent res propriæ, ex dd. textibus exceptio subjicienda erat. Sed videamus de exemplis, quibus Tr. locari res proprias conductoris, vel clarius rem propriam cōduci ostendit: & ait hoc obtinere in rebus donatis & venditis quod ex textibus citatis explicandum est: & quod ad donatas res attinet, *ex l.77. d.rei vindic.* id non probatur, sed hoc, quod donator rem à donatario conducens, nomine coloni eam tenere incipiens, hoc ipso possessionē, & consequenter præsupposito titulo habili etiam dominium transferre intelligatur. Et cum igitur ipso puncto conductionis, postquam donator nomine donatarii possidere cepit, dominium ab illo abeat, dici non potest, quod hoc casu res propria conducatur. Quod ad res venditas attinet, duplex omnino casus erat distinguendus: alter similis casui præcedenti, cum conducit ipse venditor, & hoc modo possessionem dominiumque transfert in emtorem, quo casu iuxta præcedentia res propria conduci non recte dicitur: alter cum conducit emtor, velut in specie *leg. is qui 11.§ ego 12.versicul.quod vi aut clam.* ubi fundum sub pacto addictionis venditum interim conducit emtor, & *in leg.20.§.1.cum legibus sequentibus hoc tit.* ubi emtor conducit fundum, donec pretium solvatur. Et hoc quoque casu nō recte puto dici, quod conducatur res propria, quoniam fundus non ex causa venditionis, sed magis locationis, ex qua non transit dominium, emtori traditus videtur, qua de causa *d l.20. & sequentib.* actio ex locato contra emtorem datur, & aliàs communi jure fide non habita de pretio, nec traditione sequuta dominium in emtorem non transfertur. Alia controversia movetur lit. D. de explicatione & conjunctione *leg 20. § ult. cum ll.sequentib.* Et Cujacius quidem quem Tr. sequitur *l.22.in pr.* vult & emendari, ut pro, *item*, legatur, *id est*, & conjungi cum fine *leg.20.* quasi unicus sit casus, quo contractus hic claudicat, cum rem sub lege commissoria venditam emtor interim conduxit. Quæ sententia merito displicet *Roberto 1.animadversion.11.* Equidem *leg.22.* optime cohæret cum *leg.21.* in quibus duo casus proponuntur, quibus ex locato venditor fundi agit: unus quo venditio postea soluto pretio cōfirmatur: alter ex quo pacto commissorio contractus resolvitur. Quod si quis ostendat, cum illo casu contractum claudicare, utique jugulata erit Cujac. opinio. Duplicem quæstionem esse recte observat Robert. *d.loc.* scilicet rei nondum traditæ, & rei jam traditæ: priori casu conductori eidemque emtori non ex conducto, sed ex vendito actionem competere statuit. Verum cum res ex causa locationis tradatur, ex conducto potius agendum fuerit aut non minus venditori. quam emtori ex vendito agendum erit: apparet autem *in dd. ll.* de casu rei traditæ disputari, quoniam de exigenda mercede disputatur. Et hoc casu omnimodo ex locato aget venditor nomine mercedis pro rata temporis, quo pretium solutum non fuit: re autem v.c. corrupta & consumta, ut sibi frui liceat, vel ut interesse præstetur, quod aliàs in locatione vulgari juris est, emtor

agere non poterit, quod propter emtionem cõjunctam, quam implere penes emtorem est, periculum rei ad ipsum spectat: quomodo hoc recte accipit & explicat *Accurs. in saepe d.l. 20. §. ult. cum seqq. D.h.t.* LIT. E.

Etiam communes.] Subjicit in exegesi, hoc fieri posse partium consensu. In quo nulla plane dubitandi ratio, neque hoc seorsim proponere necessum erat, quod res communes utriusque propriæ sunt, de quibus actum lit. B. Plane eo sensu, quo res alienas locare posse dixit *dict. leg. B.* etiam ab alterutro tantum res communes poterunt locari.

An mulier locationi.] Quæstio hæc, an mulier teneatur stare locationi factæ à marito, vel vice versa, potius proponenda erat eo loco, ubi agitur de transmissione obligationis in successores & distinguendum inter universales qui tenentur *l. 10. h. t* & singulares, qui non tenentur *l. emptorem 9. C. eod.* Ex quo recte infert Treutler. *in vers. sed an vicissim.* maritum utpote qui successor singularis est, non teneri ex locatione, quam uxor fecit ante dotis constitutionem. Sed desiderari potest judicium Treut. qui diversum statuit in quæstione inversa, an mulier locationi, quam maritus fecit constante matrimonio, eo soluto stare teneatur: hoc enim affirmat Treutl. in locatione ad modicum tempus facta. Atquin regulariter jure nostro omnis locatio ad modicum tempus fieri intelligitur: neque ratio apparet, quare minus maritus quam uxor, (uterque autem est successor singularis,) ad contr. ctum servandum teneri debeat, cum etiam potior ratio pro uxore esse videatur, quæ præsertim post *l. 30. C. de jur. dot.* dotalis etiam cõstante matrimonio domina permansit. Neque facit pro Tr. *l. 25. §. fi. sol. matr.* quia imo locus ille retorquetur: quoniam eo ipso quod mulier cavere tenetur marito, eam obligatam non esse consequitur, quoniam cautionis hic effectus est, ut quod maritus colono expulso ejus quod interest, nomine præstitit, ab uxore vigore cautionis consequatur. Ratio autem & æquitas hujus cautionis, quæ ab alio successore singulari non exigitur, in eo consistit, quod maritus tanquam jure civili dominus rem ab uxore sibi traditam bona fide locavit, eaque non libera ejus voluntate utique ad hoc non directa, sed ex ratione & necessitate juris ad uxorẽ reversa est. Et hoc sc. est quod tradit *Cyn. in l. emtor. 9. C. h. t.* quod mulier teneatur stare locationi non præcise, sed causative: quod distinctius explicat Sal. *ibid. n. 5.* quod mulier non tenetur præcise stare colono, qui ex conducto adversus eam se tueri non potest, sed expulsus aget contra maritum, & hic ex cautione contra mulierem, & isto respectu causative tenetur stare colono, quod ad hunc finem cautionem præstat, citra quam maritus condemnatus regressum contra uxorem nõ habebit. Plane non obstat, quod ex ratione juris veteris etiam dominium fundi dotalis in hæredẽ transibat *l 1. d fund. dot.* quoniam 1. etiam divortio solvitur matrimonium. 2. hic non de casu durantis adhuc juris mariti, sed per actionem dotis plane extincti tractatur 3. postquam nova constitutione *in l. 30. C. d. iu. dot.* aucto mulieris jure vindicatio ei data est, vix est, ut amplius dominium in hæredem transire possit. Porrò varias distinctiones inter successorem singularem ex voluntate & necessitate, & circa hunc distinctiones. vide *apud Cyn. d. l. 9. C. h t. & Bart. in d. l. 25. § ult. solut. matr.*

Et sic etiam jure Saxon.] Accommodat hoc ad quæst. posteriorem, an maritus teneatur stare locationi uxoris, in hanc sententiam, quod pèr constitutionem electoris Augusti, textus Iuris Sax. ex quo alii generaliter volunt non obligari hæredem, intelligatur de bonis uxoris non locatoris propriis ut nimirum maritus post mortẽ uxoris stare locationi non teneatur. Hactenus verba Tr. in quibus non video, quomodo non vitiosa applicatio: siquidem proponitur *in vers. sed an vicissim.* locata res fuisse ab uxore, antequã huic marito nuberet; sed hic facta ab uxore constante matrimonio: aut si antea factam intelligas non n. fi inepte quæretur de morte uxoris Porro cum Iure Sax communio quædam omnium bonorum introduci dicatur, ut ipse Tr. supra *disp. 6. h. t 6.* & omnium bonorum uxoris administratio marito concedatur, non animadverto quomodo citra consensum mariti mulier locare rem potuerit. Sed & amplius cũ Ius Sax. de hærede loquatur, eo utiq; maritus uxoris hæres non est. Haud scio qui factum ut hic impingeret Tr. in re satis manifesta: quoniam hic sensus est constitutionis Augst. quod putatur generale esse in quibuscunq; hæredibus, id restringendũ esse ad hæredes uxoris, cuius bona à marito utpote legitimo administratore constante matrimonio locata fuerunt, ita n. habent verba: Es wird hinwider solcher text gemeiniglich nit von deß locatoris eigenẽ, sondern von andern als deß Weibs gütern verstanden. Neq; obscura ratio est, q hæredes

uxoris ratione mariti à quo causā non habēt, successorum singulariū vicē habent, putarim tamen hæredes marito, qui bona fide egit, de indemnitate cavere teneri, arg d.l 25. § ult sol matr. Ex his apparet, casum constitutionis Saxon. Augusti non esse, quo mulier locavit, ut male hoc applicat Rr. sed quo locavit maritus.

LIT. F.

Etiam feudum.] Hoc controversum non est, sed quod in exegesi additur, posse locari ad longum tempus: q̄ negant *Dd. Clar. § feudum, q. 33 & ex eo Mozz. hic. col 2. de reb n.8.* cujus rei decisio pendet à quæstione *th. 4 lit. C.* an ex locatione ad lōgum tēpus ius reale, & ut Dd. loquuntur, utile dominium transferatur. Treut. porro sententiæ suæ hanc adfert hac lit. rationem, quod feudum sit species usus fructus generatim accepti. Ubi nō satis liquet, quid intelligat per usumfructum generatim acceptum: quoniam huius duæ tantum traduntur species causalis & formalis. De illo ita jus est, q̄ Dominus plenus retenta proprietate usumfructum quocunq; modo separare, & alteri cōstituere possit q̄ genus ususfructus Vasallo cōcedi nō potest, sed & formalis, cū ipse species usus fruct⁹ sit, nō recte diceretur feudū ususfructus generatim accepti species. Sed nimirum Tr. voluit feudū separare ab usufructu jure nostro cognito: q̄ animadverteret aliquas feudi qualitates ab usufructu illo esse alienas: sed fortassis rectius dixisset esse usumfructū pleniorem, aut potius, juxta notata sup. *disp 16.* esse plus quam usumfructum, quod jus illud perpetuū cum annexo vindicandi jure, usufructui quomodocunq; considerato nō cōvenit. Est & alia de causa collectio ista ab usufructu ad feudum vitiosa. quod ususfructus non locari tantum, sed etiam vendi posse, traditur, de quo *disp. 16.* & feudum tamen vendi non posse, constat, sicut nec permutari nec donari, quæ omnia usufructuarius potest Rectior ratio pro Tr. fuerit, quod locatio talis, neq; oppignoratio neq; alienatio sit, de quo *d. th. 4. lit. C.* Illa porro assertio Treutl. quod dominium utile iure civili sit incognitum, adeoq; nullum, dupliciter laborat 1. quod fortassis licet verba desint, res ipsa tamen, & jus aliquod dominio proximum non sit à jure nostro abhorrens. Deinde vitiosa collectio est, q̄ jure consuetudinario vel lege etiam preter jus civile aliquid potest induci, de quo pluribus actū supra *disp. 15. th. 1. lit. G.* Addit denique Treutl. stante communi sententia, quod vasallus rem in longum tempus locare non possit, eum tamen excusari si pactum adjecerit, ne utile dominium transeat. Equidem possit forte vasallus à pœna privationis propter mentem suam ita declaratam liberari: cæteroquin dubito, an tali pacto translatio dominij utilis possit impediri, siquidem ex natura huiusmodi locationis istud transeat, quod fortius traditio cum titulo habili quam pactum operetur: velut ita re ex causa venditionis tradita, pacto dominij translatio non poterit impediri. Ex quo prius etiam illud de excusando vasallo dubium redditur, quod aliás etjam re vendita sub ejusmodi pacto, ne dominiū transiret, excusari possit: nisi quis hanc differētiæ rationem dederit, quod opinio de transferendo utili dominio ex causa locationis diuturnæ, autoritate potius Dd. quam certo jure nitatur, & quod cum locatio ex se titulus inhabilis sit ad transferendum dominium, facilius in nostra specie effectus iste pacto impediri possit: cum præsertim etiam translatione utilis dominij domino jus suum non auferatur, quandoquidem vasallus etiam subinfeudare potest; quod tamen speciali jure & certis limitibus receptum, ad alia, v. c. concessionem in emphyteusin porrigendum non est.

LIT. G.

Tractatur hic de locatione factorum, qualia sunt: non omnia nec quævis, sed locari solita, ut docet IC. *in l. 5 §. at cum do, de præscript verb.* circa cujus rei definitionem, quam Treu. tradit miram Dd. variationem non deprehendo: nam *& Bald. Salicet. Castrens. in dict. §. at cum do.* ubi propria hujus rei sedes, nihil hac de re disputant, & ibid. Iason. ait hec à Dd. communiter non tangi. Bartolus distinguit inter mere facta, quæ simpliciter facit objectum locationis, & quæ habent admixtum aliquid juris, quæ subdistinguit in momentanea, quæ hinc removet, ut manumittere, fundum vendere, & successiva, quæ etiam objectum locationis facit velut causam in foro agere. Verum re bene perpensa non apparet, quomodo ex momentaneitate aut puritate facti recte hæc quæstio decidatur: quin si quis alteri, ut rem ipsis vendat, mercedem constituat, locationem esse putarim. vel arg. *l. rogasti 19 § 1. de præscr. verb.* ubi locatio est si quis alteri mercedē dat, ut rem p̄ ipso oppignoret: & amplius illo textu, q̄ factū illud aliquid habeat iuris, sentētiā Batt. fortissime refutari ait Ias. Definitio Vultei q̄ Tr. p̄bat, paulo obscurior videtur, neq; satis apparet, quid p̄ rem alteri⁹ intelligat, an corp⁹ aliq; & nimis angusta fuerit definitio, & refutari *ex d. l. 19. § 1.* an simpliciter.

citer negotium, & itidem obstat, quod ita postulare & advocatiam præstare non sunt facta locati solita, sicut & refutat illam sententiam, quod *in l.1. in pr. si mensor falſ. mod.* negatur actio locati cum tamen opera in re mea præstetur. Mihi principalis distinctio huius rei à qualitate ipsa facti petenda videtur, quod propter grauitatem & dignitatem suam spernat cõpensari & æstimari mercede, cuiusmodi est opera advocati, medici &c. quæ videtur esse sententia ex Dd. relata *à Mozz. hic col. 2. n. 10.* In aliis factis interesse dicam an ex eo utilitas redeat ad alterum nec ne, quoniam hic locationis finis est, ut commoda nostra promoveamus: & in locatione hinc merces, hinc usus & utilitas requiritur: atque ita defendi potest sententia *Iaſ. in l. 5. §. at cum ff. de præſcr. verb.* ubi facta locari solita definit, ex quibus ad alterum redit commodum pecuniarium: ut sc. sententia hæc restringatur ad hoc genus factorum, quæ mercede æstimari & possunt & solent. Illud autem non probo, quod ut locatio sit, Iaſ. ibid requirit, ut persona operas locare sit solita, quoniam à personæ qualitate hæc res variari non potest: & facit *d. l. 19. §. d. præſc. verb.* etenim rem suam pro alio oppignorare, non est factum quod quis exercere soleat: & si quis non artifex, sed qui v. c. pingendi artem animi gratia didicit, operam suam pro mercede alicui addicat, non dubitaverim esse locationem: neque obstat *l. 1. in pr. si mensor falſ. mod.* quia ibi non personæ, sed facti qualitas ne locatio dicatur, impedit. Cæterum hæc circumstantia hoc operatur, ut ubi nulla merces expresse constituta est, an actio ei qui operam præbuit danda sit nec ne, diiudicetur, arg. *l. 22. de præſ. verb & §. 1. Inſt. locati*, de quo etiam *diſp. 27. th. 1. lit E.*

Huc pertinet hodie.] Aliquid hic proponit de operis famulorum quas hodie liberi homines mercede locare solent, quam negant iis deberi si ante tempus discedant nisi nimiam sævitiam domini probare possint. Ego vero existimo sufficere mediocrem imo aliquam etiam quamcunque sævitiam probari: quoniam homines liberi sunt, & ex contractu obligantur & conveniuntur, neq; ulla in eos permissa castigatio, nisi hoc respectu, quod utpote fere pauperes aliorum imperio & cuidam quasi potestati se subiiciunt, & dum ad ministeria domestica se obligant, hoc ipso si quid negligant aut offendant castigationem quãdam, sed quę sit citra omnem sævitiam heris in se permittere videntur. Nec quicquam facit pro Tt. §. *sed hoc Inſt d. his qui sunt sui &c.* quoniam à vere servis. de quibus ibi agitur, ad istos famulos nulla illatio.

THESIS III.

LIT. C.

Permissum hic ait esse contrahentibus se invicem decipere etiam in foro conscientiæ, neque hoc contrarium esse officio boni viri. Quod facile admiserim appellatione viri boni latius sumta, ut opponatur viro malo & improbo, cæterum verbis illis proprie, & philosophice præsertim Stoice sumtis, magis est ut ista sententia falsa sit, iudice etiam *Cic 3. off.* ubi ait virum honestũ esse, innumerabilibus officiis & laudib. contineri. Et audiamus ipsius fere in terminis hac de re sentẽtiam: proponit ibi duplex exemplum, alterum eius qui ædes proscribens venales, vitium earum non indicat & emtorem errare patitur, alterum eius, qui cum frumentum in civitatem aliquam fame laborantem advexisset, & alios mercatores cum frumento propediem ad futuros sciret, hoc ipsum cives, ut frumentũ suum carius distraheret, celavit. Relatis diversis opinionibus ipse ita pronuntiat: non videtur nec frumentarius ille, nec ædium venditor celare emtores debuisse nec emolumenti sui causa ignorare permisisse eos, quorum id interfit scire: hoc celandi genus non est hominis aperti, non simplicis, non ingenui, non iusti non viri boni; versuti potius, obscuri, astuti, fallacis malitiosi, callidi, veteratoris, vafri. Hactenus Cic. Et si quis ædes carius locet vel vendat quam ipse cõducturus vel emturus esset, & eo pretio quo eas vel earum usum indignum esse iudicat, fecerit utique contra officium boni viri. Proinde in foro conscientiæ huic sententiæ non erit locus, quod præsertim in hoc servetur ius simplex naturæ, quod convenit cum iure Decalogi, quo iubemur proximum diligere sicut nos ipsos Neq; pro Tt. faciunt citati Bal. & Salic. ex quib. ille *in rubr. C. d. contrah. emt. q 12.* hoc tantum scribit, quod secundum vulgarem contractuum naturam quisq; promovere studeat utilitatem suam: hic autem *in auth. ad hæc C. d. uſur.* ubi prolixe hanc quæstionem tractat, potius contrarius tum demum abesse peccatum statuit, si emtor nõ putet pluris rẽ valere: quo quidẽ casu nulla omnino deceptio intervenire dici potest.

LIT. C & D.

Ait mercedem definiri vt ab ipsis contrahentibus vel alieno arbitrio. Quæ comparatio non satis accurata videtur: quia longe alia ratio est illius

lius& huius definitionis. vel quod ab alterutro contrahentium definiri non potest, vel quod sub hac conditione aut modo quanti alteruter æstimavit, nec suspendi potest, quomodo suspenditur arbitrio collato in tertium, quo casu quia hoc non definiente nullus est contractus *l.ult.C. d.contrah.empt §.1.inst.l.2 §.in.pr.D.loc.* (qui textus q obiter moneamus, procul dubio est Trib. *exd. l.ult.* (magis cōditionalis locatio cōtracta videtur. Sed & illa illatio incōmoda est, q cū dixisset in th. mercedem definiri alieno arbitrio, subiicit in allegatis, ideoq; arbitrium tertii modo certi negotio collato sententia eius valet: quoniam ex eo quod in alterius arbitrium conferri potest, non recte colligitur, quale & cuius sit illud arbitrium: sed & potius dicendum erat, contractum valere, eo videlicet definiente, quam sententiam: cum præsertim Tr. reductionem ad arbitrium boni viri concedat. In eo deniq; quod lit. D. In fin. subiicit, pactum tamen legis commissoriæ in locatione habiturum locum, nulla plane cum præcedentibus, de mercede alieno arbitrio definienda, connexio est.

LIT. E.

Sed iam de illo quod à Tr. probari diximus & se. hac lit. traditur, quod iniquitas arbitrii per reductionem ad arbitrium boni viri corrigatur, amplius videamus. Eam quidem sententiam probant *gl. Cyn. Bal. Salicet in l.ult.C.de contrah. emt.* sed contra eam ita disputari potest. 1 quod *d.l.ult.& in §.1.l.eod.* dicitur omni modo contractui standum esse & secundum æstimationem factam ad effectum eum deducendum esse 2. quod *in de l.ult.inf.* eorum sententia diserte improbatur, qui ad arbitriū boni viri recurrendū esse existimabāt. 3. quia per æstimationē illā pars aut læditur infra dimidiū, aut ultra dimidium: priori casu non videtur admittenda reductio, quod hactenus ipsis quoque partibus se circumvenire licet, & ex dd. textibus colligitur, quantitate iuxta partium volūtatem à tertio definita, perinde habendum ac si ab ipsis partib, definitum fuisset: posteriori casu nihil opus videtur arbitrio boni viri cū etsi ab ipsis partibus pretiū dictum esset, locus sit remedio *l.2.C.d.resc.vend.* reductio autem illa remedium plane subsidiarium videtur. Neque obstabit *l.76.pro socio,* vel quia societas fraternitatis quædam species æqualitatem desiderat maiorem, vel quia textus citati ostendunt, quod Iust. in emtione & locatione speciali quid statuere voluerit, vel quia non ut taxatio pretii, ita certarum partium alligatio est de essentia societatis, quod in dubio partes intelligantur æquales *§.primo inst:d.societ.* Et in specie *d.l.76.pro socio* magis arbitrium indefinitū boni viri, q̄ certi electū censetur, ita ut Nerva in specie *d.l. non definiente,* nihilominus boni viri arbitrio partes definiendæ sint, sed in casu nostro nullus est contractus tertio illo non æstimante, ut adeo huic æstimationi plus videatur tribuendum. Hæc licet ita disputari possint, non tamen deest, quod pro communi sententia tribus superioribus obiectionibus reponatur: & ad primam dici potest verbum, *omnimodo,* civiliter esse accipiendū, ut excludatur casus nimiæ inæqualitatis, iniquitatis, & arbitrii pravitatis, q̄ arguit dolum arg. *l.79.pro soc.&l.36.d.V.O.* Ad secundā respondetur, quod *in d.l ultim. Cod. de contrah. emt.* excluditur arbitrium boni viri, pertinere ad casum, quo tertius ille arbitrari noluit, quo casu nullum esse contractum, neceum defectum per arbitrium boni viri suppleri voluit Iust. Vbi omnino notandum est, quod quæ dicitur reductio ad arbitrium boni viri, non sit remedium quoddam per se subsistens, sed accedere & inniti institutæ ex contractu actioni, quod eleganter probat *l.79.pro socio,* ubi ait ICtus, quod pravitas arbitrii per iudicium bonæ fidei corrigatur, ita ut vir ille bonus nihil aliud sit quam iudex. Ad tertium respondetur quod remedium *l.2.C.d rescin.vend.* cessat ubi superest alia actio ordinaria velut hic actio ex contractu, per quam iniquitas corrigitur *d.l.79.* pro socio, ex qua apparet remedium istud extraordinarium non esse: sed & læsionem, paulo graviorem quæ etiam fit infra dimidium, æquitate iudicis corrigi ratio suadet. argum. *l.3. Cod. communia utr. iud.* necessum est eandem omnino esse rationem, ubi pretium sive merces ab ipsis contrahentibus, & ubi à tertio, cuius fidem & æquitatem contrahentes elegerunt, fuerunt definitæ.

LIT. F.

Ait in th. quod in mercedis certitudinem fideiussoribus caveri possit. Quod nullam habet rationem dubitandi, neque alia de causa hic incertum à Tr. quam vt occasionem haberet, otiose repetendi quæstionem, prolixe tractatam supra *disp.23 th.5.lit.* E, quo hoc remittimus

LIT. G.

Vulgata hic proponitur quæstio, an merces locationis in pecunia numerata tātum, an in quavis re fungibili consistere possit. Et prius cum Dd. vulgo contra neotericos quosdam probatos

à Tr. verius videtur, 1. ex *l. 23. comm. divid.* cum ꝑposuisset ICtus conuentũ inter socios, ut fruct⁹ qui res fungibiles sunt alternis annis perciperent, negat ICtus esse locationem, neq; hanc rationem reddit, ꝙ merces certa nõ fuerit constituta, sed ꝙ nulla merces intervenerit. 2. *ex l. 1. §. si quis 9. depositi*, ubi negatur esse locatio, quia pecunia data nõ fit: licet enim aliquando huius appellatione res fungibiles venire videantur *l. 30. in pr. d. l. 1 l. 2. §. 3. d. reb. cred. l. 2. §. 1. C. d. constip. pecun* id tamen aut frequens aut regulare fuisse nec ipsi Iustin. crediderim: & ex *d. l 30.* corpora quoq; & species verbo pecuniæ contineri probari possit, neq; maior ratio videtur cur in vino aut frumento quam in specie aliqua merces consistat, & *in l. 2 §. 3 d. reb. cred.* magis exempli loco pecuniæ numeratæ mentionẽ videtur facere ICtus, & hoc docere velle ꝙ mutuum traditione rei perficiatur: eoq; huc faciunt textus, quibus simpliciter pecuniæ fit mentio *l. 4. 6. 5. 2. & l. 5. 7 inst. pr. & §. 1. h. tit.* 3. ex *l. 5 §. 2. de præsc. verb*, ubi pecunia data locatio esse dicitur, sicut superiori casu *in § 1 emtio.* Neque ꝙ volunt *Coras. & Pinell. ad rubr. C. d. rescint. vend. p. 2. c. 3. n. 34.* pecuniæ verbum ibi commode de re quavis fungibili accipi potest, tum quia verbum *pecunia* opponitur rei, tum quia ICtus se refert ad *§. praced* & ratione pecuniæ comparat locationem cum emtione, neq; vero simile est diverso significatu in duobus §. §. invicem se subsequentib⁹ ICtum pecuniæ verbo vti voluisse. 4 *ex l. 25. §. vis maior. 6. h. t.* iunctal. *26. §. 1. d. furt.* vbi colonus partiarius qui quasi socius est, opponitur colono vero, & hic definitur qui nummis colat. Sed obijcitur huic sententiæ præcipue *l. si olei 21. C. h. t.* ubi certo olei põdere fructus annui locati ꝑponũtur, Et solutiones Dd. qui aut initio in pecunia mercedem constitutã fingunt, aut contractum innominatum esse volunt, nec rubricæ, nec rationi aut textu conveniunt, cum præsertim contractus ibi bonæ fidei, nec pœnitentiæ locus esse dicatur. Ego propter istum textum distinguendum puto inter locationem operarum, ubi omnimodo opus est pecunia numerata, & rerum in quibus subdistinguo, quod aut res locata nullos fert fructus, & idem statuo: aut fert fructus, & hoc demum casu mercedis loco quantitatem certam fructuum inde natorum dari posse existimo: quam distinctionem & sententiam postea depræhendi propositam *à Salicet. in d. l. 21. C h. tit* ubi ait se cogitasse, quod aut res sit apta producere tales fructus, & sit locatio, aut non apta, & sit contractus innominatus, adiecta ratione, quod illo casu colonus aliquam similitudinem habeat cum colono partiario. Cui sententiæ hoc addo, quod natura locationis semper desiderat pecuniam numeratam, quæ natura quasi alteretur. & degeneret locatio, ubi certa quantitas fructuum mercedis loco datur: quod in casu proposito admitti suasit æquitas & vulgata contrahendi ratio, ut ex fundo certa quantitas fructuum perceptorum à colono mercedis loco dari possit, qui colonus hoc à partiario diversus est, quod hic partem fructuum, tertiam vel quartam, adeoque quid incerti, ille certum numerum verbi causa modiorum frumenti præstare tenetur Atque ita solvitur argumentum ante propositum, ex *l. 25. §. 6. h. t.* quoniam hoc quidem regulare est, ut colonus nummis colat, sed in specie *d. l. 21.* natura locationis quodammodo alteratur. Dicendum igitur est in casu *d. l. 21.* olivetum locatum fuisse. Et ut paucis ad alias quoque obiectiones respondeamus, ita quoq; accipi potest *l. 35. in f. h. t.* quamvis cum fructus dicantur ibi pensari cum mercede, nihil prohibeat dicere, initio in pecunia mercedem constitutam fuisse: nec absurde quis dixerit esse ibi contractum innominatum, ꝙ quidẽ necessario dicẽdum erit, si nulla quantitate definita, ut fructus invicem perciperentur, conventum ꝑponas. Cæterum in *l. 19. h. t.* omnino verum est, mercedem in pecunia dictũ fuisse, h c adiecto pacto, ut locator sub certa taxatione frumentum in solutum loco mercedis accipere teneretur. quoniã ibi ait ICtus, ꝙ dominus quidẽ agere possit ad totam summam, (quia pactum actionem mutare aut consumere non potuit) sed officio iudicis contineri, ut tanto minoris conductor condemnetur, quanto ipsius interest, in frumento potius solvisse: & ergo cum ad pecuniam locator egerit, necessario sequitur de pecunia initio fuisse conventum. Nihil plane obstat *l. 8. C. h. t.* quia quãtitas verbũ vel maxime de pecunia numerata ꝓprie prædicatur: cum etiã non desint, qui quantitatem tantum de pecunia numerata recte prædicari existimatur, quorum meminit Treutl. supra *disputat. 20. th. 1. lit. F.* Facilis etiam responsio est ad 18. *C. eod.* quod ibi dici possit cum mercede pensari fructus, vel locatam esse rem fructus ferentem, vel illud quod paulo ante dictum est ad *l. 19. h. t.* Cur autem merces in pecunia numerata requiratur hæc princeps causa est, quod ICti distinctam naturam nominatorum & innominatorum contra-

tractum esse voluerunt, & ut paulo ante dictum mercedem in qualibet fungibili admittamus, poterit etiam pro pretio rei venditæ, poterit etiam quævis res mercedis loco accipi. Porro distinctio allata ex Lopezio inter locationem faciendi & fruendi, quam non obscure probat Tr. duplici vitio laborat 1. quod secundum eam, etiam pro mercede locatæ domus possit solvi res fungibilis. 2. quod pro mercede locati fundi etjam alterius generis fructus solvi posse admittit, quibus concessis non video quid obstet, quo minus locatis operis idem obtinere debeat: nec ratio apparet cur potius in locatione rei plane sterilis, velut ædium res fungibilis debeat admitti. Sed nostra sententia expeditam habet rationem, quæ regulariter pecuniam numeratam requirit, sed in casu locati fundi quantitatem certã fructuum quos ipse fundus producit, alterata paulum natura contractus mercedis loco admittit.

THESIS IV.

LIT. A. & B.

Respicit locatio tempus & conditionem.] Fallacia homoymiæ est in phrasi. *recipere tempus*, quia tempus in ea significat terminum & à quo incipit locatio, & terminum ad quem quo finitur. Et quidem, vt ex *cit.l.24.§.fin.l.60.in pr.h.t.l C. eod.* & quæ in exegesi tradit. apparet posteriori sensu hoc accipit: & tamen magis iuridice loquendo cum obligationem recipere tempus dicimus, priori sensu tempus intelligimus, quod scilicet tempore actio differatur: & cum duo determinabilia æqualiter debeant determinari. in propositione Treutl. conditionem aliter accipit: nimirum, quod ex *l.20.h.t.* apparet, quod locatio sub conditione suspendatur. Et alias de natura locationis est, ut non in perpetuum sed ad tempus fiat, & quo differt ab alias obligationibus, quæ usque ad diem non recte fiunt §. & si ita 3.d. V.O.

LIT. C.

Ait in th. in aliud contractus nomen non transire locationem, cum ultra quinquennium extenditur: & diss. allegat, quibus tamen thes. 2. lit. F. hanc sententiam imputat, quod locatione ad longum tempus facta dominium utile transire existiment. Quæ non satis conveniunt, cum ipse Treutl. hac thes. 4. lit. A. tempus illud demum longum vocet, quod est ultra novem annos. Denique qui ex locatione tanti temporis dominium utile transire statuit, non protinus negotium in alium plane contractum abire necessario affirmat, sed hactenus alterari naturam contractus, ut præter vulgarem eius naturam ius aliquod plenius, & actio vtilis in rem transeat, & conductori concedatur: quod probatur, ex *l. 1.§.3.d. superficieb.* ubi ei qui superficiem non ad modicum tempus conduxit datur actio in rem quod ad quemcunque conductorem ad longum tempus non absurde accommodatur, hactenus videlicet ut *argum.d.l.1*, ista actio non tam sit natiua quam datiua, id est detur causa cognita quod scil. propter longius tempus interesse censeatur conductoris rem ipsam persequi, nec sufficere, actioni personali ex conducto contra locatorem experiri. Illud autem facile admittam conductorem etiam decennij non effici verum emphyteutam, neq; longitudinem temporis istius obstare quo minus eo finito dominus locator rem libere vocare possit. Illud quoq; ut obiter moneamus, simpliciter admittendum non videtur, quod Treutl. lit. A. omne tempus quod non est decem annorum, modicum appellat: quod licet in materia præscriptionum lõgum, tempus inter præsentes decem annorum dicatur inde tamen generalis regula non recte constituitur, neque existimo quod in *l.1.§.3.d. superficieb.* tempus non modicum recte de decennio explicetur: quomodo ex adverso, quæ in iure nostro consuetudo longa dicitur eadem quæ alibi diuturna & inveterata, minus recte decennalis statuatur. Et igitur pro conditione materiæ subiectæ tutius de hoc pronuntiabimus.

Itaque ubi ab initio.] Ex eo quod in th. dixerat lit. C. non mutari contractum, cum ultra quinquennium extenditur, infert non præscribi ius perpetuæ coloniæ, etiamsi conductor longissimo tempore pensionem præstiterit. Quæ sententia 1. ita limitanda videtur, si solvat pensionem qua colonus & qua conductor, quo casu ex solo tempore reale & perpetuum non transire probatur *ex l.2. & l 7.§. ult. C. de præscr. 30. annor.* cæteroquin si prætendat ius emphyteuticum, canonem tot annis solverit, procul dubio contraria sententia, verior erit. quoniam ut post dicetur, tot annis imo etiam viginti ius emphyteuticum præscribitur, siquidem etiam colonus qui animo intervertendi domino possessionem sibi, possidere incipit, & canonem plane non solvit; tanto temporis spatio ius plenum acquirit quod post illud tempus nulla actio domino

superfit *arg. l. 3. C. d. t.* in quam sententiam vide tradita *à Vasq. libr. 2. controv. 6. 68. Cravett. d. antiq. temp. part. 4. vers. materia nu. 124. gloss. Cyn. Bart. d. l. 2. nu. 5 & 3. C. de praescript. 30. annor. Salic. ibid. nu. 3.* (ubi hoc ait communiter teneri) *gloss. & Castrens. id l. 1. C. comm d usucap arg. l. cum fundum 18. d. vi & vi armat. ubi gl. & Dd.* notant colono dari interdictum unde vi non qua tali, sed qua interversori possessionis dominicæ. Ideoque non satis erit constare de titulo conductionis, qui forte ante 40. annos intercessit, nisi ostendatur etiam à colono; ut colono pensionem solutam fuisse, alias contra Tr. & Cravett. ius perpetuum præscribi defendam: quam sententiam receptiorem esse apparet ex ijs quæ tradit *Fransc. Mant d. tacit. & ambig. convent. libr. 5. tit. 2. num. 57.* ubi multos allegat, & ibid *numer. 59.* etiam in prædijs Ecclesiarum idem obtinere confirmat: pro qua sententia facit, tum quod propter vicinitatem facilis est transitio & transmutatio locationis in emphyteusin, tum uniformitas pensionis ex qua colligitur nunquam renovatam locationem fuisse, cuius naturæ diuturnitas illa temporis contraria est: Et constat in tanti temporis cursu nec titulo nec bona fide opus esse: & est quod imputetur domino, qui tanto tempore uniformem pensionem accipiendo, solventem pro emphyteuta agnovisse videtur.

LIT. D.

Ait in th. quoniam locationem tacite iniri indubitatum sit, ideo conductorem in re locata permanentem tacite reconduxisse videri. Atquin 1. iam supra ostensum est casum istum tacitæ locationis & quidem non initio constitutæ, sed continuatæ, fere esse unicum, deinde cum multis modis aliquid tacite fieri possit, præsupposita tacita locatione non protinus recte inferri potest, ex sola permansione in re locata, tacita conductio inferri potest. Quod autem de emphyteusi quæ ex taciturnitate non removetur, subijcit, illud iterato & plenius tractat infra hac disput. th. 10. lit. B.

LIT. E.

Quæ hic traduntur, sunt *l. 13. §. ult. h. t.* ut prorogata tacite conductione pignora maneant in eo statu, quæ scilicet ipse conductor, non alius pro eo obligavit: quoniam quod inter alios sive expresse sive tacite actum est tertio præiudicare non potest: & simile est de fideiussore, qui si pro obligato ad tempus intercessit, prorogato citra eius consensum termino ulterius non tenetur, de quo agitur infra part. 2. disp. 28. th. ult. lit. G.

Sed quid in hac.] Species facti hæc est: rem à me venditam cum pacto de redimendo intra quinquennium, ego ipse venditor usque ad quinquennium conduco: si finito quinquennio patiente locatore tacite prorogetur conductio, quæritur, an etiam ius redimendi quinquennii spatio terminatum prorogetur, adeoq. etiam post quinquennium facultas redimēdi venditori, eidemq; conductori supersit. Qua in re negativa sententia quam recte probat Tr. adeo vera mihi videtur, ut ex adverso vix rationem dubitandi superesse existimem: siquidem cum nemo dixerit aut dicere possit conductione illa recessum à pacto illo redimendi, non video qua ratione post quinquennium ius redimendi venditori superesse possit sive ab alterutro conductioni, finito quinquennio fuerit renunciatum sive non: ut proinde parum subtiliter ratio dubitandi ex eo sumi videatur, quod elapso quinquennio venditor manserit in conductione: quoniam utcunq; in ea non mansisset, tempore tamen exclusus rem redimere non possit: neq; conducto emptionis perfectionem, quin nec implementum impedit, cum venditor rem conducens, hoc ipso possessionē & dominiū in emptorem transfert: & absurdum sit, locationi tacitæ hunc tribuere effectum, ut præter intentionem contrahentium maximè locatoris emtoris, tempus redemtioni præfinitum extensum videatur, qui effectus, remotissimus est à locatione cum quilibet dominus in re sua ad quodcunque tempus citra ullum sui præiudicium cōductorem ferre possit. Illud obijci queat, quod conductor usque ad quinquennium ex hoc contractu obligatus, non videatur ante posse remittere, nisi periculo præstandi interesse se obstringere velit. Verum perspicua responsio est non tam quod imputare sibi debeat conductor, qui ita contraxit quam potius, quod cum conductione sequenti pacto de redimendo derogari non possit, & venditor adeo intra quinquennium ius redimendi habeat, consequenter etiam ut tamdiu stet locationi non teneatur, & oblato pretio iure pacti, resolutoque contractu principali, ex locato nequeat conveniri. Neq; Menoch. *l. 3 præs. 85. num. 22.* ab hac sententia plane discedit, sed etiam limitat non procedere si constaret pactum redimendi adiectum esse respectu & contemplatione conductionis: quamvis ex prædictis istam limitationem falsam esse putem nec qualiscunque iste respectus connexionem illam indu-

inducere ualet, ut ad prorogationem locationis prorogatio pacti alterius magis etiam principalis consequatur. Intelligendum plane est hoc quæri an locationis prorogatione pactum redimendi usque ad annum prorogetur, siquidem etiam locatio initio in quinquennium cõstituta: modo isto tacito non nisi in annum prorogata censetur *l.13.§ ult.h.tit.*

LIT. F. & seqq.

Quæ his litteris ad finem usque th. proponuntur de pignore tacito invectorum in prædiũ qua urbanum qua rusticum, & an hoc consistat in mercib.& in libris studiosorum, & an solvatur per rerum illatarum eductionem, hinc paulo sunt alieniora, eaque remittimus ad part. 2.disp. 1.th 4.lit B.&c. sicut illud quod de rebus alienis illatis proponit ad eiusdem disp.th. 5. lit.A.

THESIS V.

LIT A.

Ait Tr. conductorem tribus ex causis expelli posse, si locator ipse domo opus habeat, si conductor pensionem non solvat, si re conducta male utatur: & indistincte subijcit, expulsum nihilominus ad integram mercedem teneri. Quod primo casu perspicue falsum est, posteriori verò demum admittit *Cyn. in l.3. C.h.t.num.* 4 quod conductor propter culpam suam & in sui præiudicium perinde habeatur, ac si rem adhuc teneret, & fortassis hoc ipsũ limitandũ nisi localis alteri statim rem elocaverit, vel ipse re usus fuerit: ꝙ cum bis mercedem consequi fuerit iniquum: idque etiam dixerim in secundo casu. Neq; hinc dissentit gloss. male citata, sed ipsa dissentientes improbat. Addendus autem est *ex gloss. Cyn. & alius Dd.in d l.3.C. h. t.* casus quartus, si locator domum reficere velit. In quæstione autem quando merces solvenda sit magis sequor *gl. & Cyn. ibid.num.*4.quod solvenda sit in fine anni *v. etiam Ias. in l.2.C.d.iur.Emph.col.10.vers. tert. est conclusio.*

THESIS VI.

LIT. B.

Quanti in litem.] Probatur hoc *ex l.48.§.1. h.t.* ubi tamen scrupulum movet, quod in specie hoc prædicatur de re non immobili: fortassis quod ferendus sit conductor, qui fundum vel ædes restituere recusat. Ratio tamen suadet, vt cuivis locatori contra contumacem conductorem hoc permittatur & *verba d. l. 84. non immobilem* in florentino exemplari virgulis inclusa sunt, ut suspecta videri possunt,

LIT. C.

Cuius probatio ei incumbit.] Hoc quidem per se verum, quod etiam excipiens de dolo eum probare teneatur: sed minus commode hic proponitur vbi de actione ex locato contra conductorem instituenda tractatur.

LIT. D.

Culpa levi.] Exemplum huius proponit, si ædes incendio perierint. Non satis bene, quia incendiũ etiam culpa levissima, quin & casu fortuito oriri potest, maxime ipsis patrisfam. respectu, neque culpa inhabitantium, ut maxime eam semper intervenire præsupponatur, qua ratione utitur Tr. ipsum necessario patremfam. contingit, iuxta notata supra *disp* 18.*th*.8 *lit.C.* ubi ipse Tr. textũ *in l 3.de off.pref.vig.* in qua hic se fundat, explicat de culpa levissimâ: ut desultoria ista levitas ferenda non videatur, quod etiam hic explicat de culpa levi, saltem ut intentioni suæ serviat, & inde conductorem qui levem culpam præstat, ob damnum incendio datum actione ex locato convenitri posse efficiat.

LIT. E.

Non tamen levissima.] Ratio perspicua est ex *l. 5.§.2.commod.& §.ult.instit.quibus mod. re iuncta l.23.d.regul iur.* quod utriusque hic versatur vtilitas. Limitationem autem subijcit Treutl. *nisi pro ratione circumstantiarum ut ab iis qui pro custodia mercedem accipiunt ex l.40.h.t.* Cui obstat tum ꝙ Treutl. supra *disputat.26.th.2 lit. D.* tradit eum qui pro custodia honorarium accipit ad levis culpæ tantum præstationem se obligare: tum quod isto casu utriusque utilitas versatur, in quo nec levissima culpa regulariter tantum abest ut periculum præstetur: tum quod si qui mercede data usum insuper rei habet, tantum levem culpam præstet, multo minus præstabit periculum, qui pro nuda custodia accipit mercedem, & qui nihil aliud est, nisi operæ locator. Addit Treutl. aliam limitationem, nisi res natura sua exactissimam diligentiam desideret *ex §.ult.Inst.h.t.* quod etiam ibi notant *gloss. Christoph. Perc. & Iohan. Faber.* & alias frustra videretur mentio fieri certarum specierum, nisi in ijs speciale aliquid esset. Sed in contrarium movet, vel quod singularitatis illius nulla certa concurrit ratio, & aliæ quoque eiusdem conditionis res cum expressis *in d.§ ult.* dari possunt: vel quod non convenit eandem diligentiam exigi ab eo qui pro usu cuiuscunque rei solvit mercedem & eo qui gratuitum usum habet iuxta *§. 2. Instit. quib.mod. re contrah.* Et

proinde fortassis rectius sentiunt, *qui in d. §. ulti*] existimant superlatiuum accipiendum pro propositivo, ut verbum explicetur secundum subiectam materiam & naturam contractus, & significetur eiusmodi diligentia, qualem quisque diligens paterfamilias rebus suis adhibere solet, quæ videtur prima solutio glossæ, quam etiam sequitur *Wesemb. in d. §. ultim.* Possit etiam videri verbum, *diligentissimus*, oppsitum alicui conductori in individuo, qui si natura sua plus æquo negligentior sit, maiorem rebus conductis quam suis diligentiam adhibere tenebitur, iuxta *not. supr. disput.* 10 *th.* 5. *disput.* 26. *th.* 2. Illud autem ferri non potest, quod sub illam limitationem, à conditione rei desumtam, refert etiam casum *l.* 25. §. 7. *h. t.* in quo non solum de columna; quæ tamen minime res fragilis dici potest, sed etiam de dolijs & tignis idem affirmatur: & rectius sentiunt qui *ex d* § aliam limitationē constituunt, & speciale esse putant in artifice, qui peritiam profitendo operam suam offerre intelligitur, quod *not. Iohan. Fab. in* §. *ult. instit. h. t.* & pro regula traditur, arctius & in plus eum obligari, qui sese obtulit, quod in causa depositi ipse tradit *Treutl. supr. disput.* 26. *thes.* 2. *lit. C.* licet hoc omnino in quocunque operam quasi offerente, perpetuum non esse ostendat *l.* 3. §. 1. *naut. caup. stabul*

LIT. H.

Ex pacto in quocunque contractu casum fortuitum & periculum recipi posse constat. Circa quod receptior Doctorem sententia esse videtur, quam tradit *Bartol. in l. sed etsi,* 4. §. *quæsitum* 4. *si quis cautionibus, & ib. d. Castrens.* quod periculum à casu fortuito differat, & sub illo pro qualitate contractus etiam quod culpa accidit, contineatur: ita ut si ex natura contractus tamen lata culpa præstanda veniat, qui periculum suscepit, de levi: sin levis culpa de levissima teneatur. Quæ sententia proprietati vocis, periculum, & usui iuris procul dubio contraria est. de qua actum etiam supra *disputat.* 24. *th.* 3. *lit. H.* De eo autem qui casum fortuitum in se recepit, controversiam Dd. hac lit. proponit Tr. an etiam de insolitis teneatur: quod verbis quidem negat, sed allegati ab ipso magis affirmant & inter eos *Castr. in l.* 4. §. 4 *si quis cautionib. num.* 6. ex hac ratione quod casus fortuitus omne id etiam quod sine culpa contingit, comprehendat: idemq; cōmune asserit & magis probare videtur *Ias. vol.* 1. *cons.* 107. *nu.* 7. & aperte *Fach.* 1. *controvers.* 86. sicut ex adverso Bart. & Iason sibi contrarius, per diss. citati, de insolitis eum teneri negant; ut proinde in thesi negatio expungēda videatur: licet *Finell.* itidē inter diss. relatus, & male eum Bart. & Iasone copulatus, de insolitis teneri affirmet *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. p.* 1. *c.* 3. *num* 28 Sed quidquid etiam Treu. sentiat veriorem sententiam puto affirmātium, quod sub basu fortuito insolitus cōprehendatur, non extēsione aliqua verbi, sed magis proprietate, quod fortuita ea sint, quæ præter solitum & expectationem nostram accidere consueverunt, velut incendia, ruinæ, naufragia, hostium latronumq; incursus, quæ eadem appellatione vis maioris contineri solent *l.* 25. §. 6. *h. t. &* §. 2. *instit. quib. mod. recontrah.* qui locus satis aperte hanc sententiam probat, quod ibi ijdem casus fortuiti & maiores appellentur. Illam tamen limitationem facile admiserim, nisi sit casus plane inusitatus, qui forte mille annis semel contingat, ut ex Bartol. loquitur *Ias. de cons.* 107 *volum.* 1. Neque adeo dicere possis, cum conductor culpam tantū levem præstet, susceptionem casuum fortuitorū stricte esse accipiendam: nam & Tr. istud ad locationem non restringit, & cum per se fortuita insolita sint, speciale hic statui non potest. Facit huc *l.* 78. §. *ul. de cōtrah. emt.* ubi qui in se suscepit quod vi aut tēpestate factū esset intelligitur in se suscepisse, quoq; per casus insolitos cōtigit: idq; recte ibid. notavit Accurs: vitiose autem Bart. hunc textum pro sua sententia detorquet. Cæterum, ut hoc addam, alia plane sententia est citatorum *Bald. in* 4. §. 4. *si quis cautionib. nu.* 4. *inf. & Salicet. in l.* 8. *infr. C. h. t.* quod qui recepit casus fortuitos tantum de insolitis, non etiam de consuetis teneatur, quamvis de utriusque teneri magis probet Bald.

LIT. K

Stipulatione tamen.] Nihil habet particula *tamen*, quo referatur: cæterum vera hæc sententia, tum ex textu citato, tum ex ratione, quod cum alias locatio tēporalis sit, cui locator renuntiare possit, satis operatur stipulatio pœnalis, quod conductor quam diu pensionē solvit, iure expelli nequit neq; dubium est quin ita ex promissione sua & hactenus obligetur locator, si conductor præstet ea quæ conductorem decet, cum stipulatio pœnalis, non sustulerit naturam cōductionis.

THESIS VII.

LIT. A. & B.

Sicut actio empti aliquando tantum ubi contractus exitum non habet, ad pretium remittendum tendit *l.* 33. *in prin. locati,* ita actio

ex

ex conducto ubi citra locatoris culpam re uti non licet, ad simplicem mercedis remissionem, ceteroquin ad, quod interest conductoris.

Lit. C.

Quæstio hæc, quomodo teneatur locator ob damnum quod ex re conducta acceptū est partim ex iis decidi potest, quæ tractata sunt: supr. *disp.27.th.* 7 *lit.F.* Diximus ibi, ubi nulla utilitas versatur eius qui damnum accipit, sed ille beneficium & officium præstitit, damnum omnimodo insolitum farciendum esse. Ex adverso ubi sola utilitas eius versatur qui damnum sensit, & ille ex contractu officium & beneficium accipit, alterum non nisi ex dolo teneri, aut si sciverit rem esse vitiosam & ne hic quidem insolidum, sed v.c. si per servum damnum datum fuerit, non nisi hactenus, ut eum pro noxa relinquat. Quibus consequens videtur, vt quibus casibus utriusq; utilitas vertitur, velut in locatione, pignore, media sententia obtineat, ut videlicet si quidem dolus inter venerit, solidum præstetur, sin culpa & ignorātia intersit, an iusta fuerit eius causa nec ne: q hoc casu itidem solidum præstetur, non autē illo, sed p qualitate contractus & ipsius rei, v.c. servus noxæ dedatur, vel merces remittatur, ex *l.19.§.1.h tit.* quoniā in doliis locatis iniusta, in pascuis iusta ignorātiæ causa prætēditur. Vnde explicāda est *d.l.61.§.5.uers.& sicut d furt.* ubi q dicitur in casu locationis ex dolo solidum præstandum, minime ita accipiendum, quasi hoc nunquā obtineat extra casum veri doli, cætero quin iniusta ignorantia prope dolum est, certe quoad hunc effectum merito comparanda dolo.

Impensa quoque.] Verum hoc in iis quibus res melior facta est, & alias maioribus impensis, quoniam minores, & quibus ipse conductor causam præbuit, veluti si fenestras aut fornaces refici curavit, ipse sibi imputabit: de quo bene *Menoch.cas.215.* Ex quibus sequitur decisio subiectæ quæstionis, quod impensas noviter fructuum colligendorum causa necessario ad rei utilitatem perpetuo factos conductor repetere possit; quod recte probat *Fachin. I. controvers.85.* secus si sit duratura pro tēpore usus, ut bene post alios *Ias.in l.1. C.d. aur emph. col.6. uers. limitat tamen.*

Lit. D.

An conductor.] Affirmat simpliciter, quod conductor remissionem pensionis obtineat, etiamsi agros inundatione corruptos non iterum seminaverit, quod hoc levissimæ culpæ quam conductor non præstat sit imputandum, Verum limitatio ad hibenda est, quod possit esse culpa levis, si flumine recedente tempus & occasio sementem faciendi fuerit commoda.

Lit. E.

Negat hic ob nimiam ubertatem pensionem augeri. Hoc quidem *gloss.pro dissent.* citata non simpliciter affirmat, sed an ubertas industria coloni, an speciali cœli beneficio pveneret, distinguit. Sed rectius simpliciter negat *Salicet.in l 25.§ 6.h.t.& plenius ibid.Castrens.numer.6.* his rationibus, 1, *ex d.§.* in quo gloss. verbum, *immodicū* inepte explicat pro valde modico. 2. quod limitata pensio non debeat temere augeri: & hinc 3. quod dispositio inducta in casum sterilitatis favore coloni, citra text. expressum, in eius odiū non debet converti. 4. quod re ipsa in casu ubertatis non sentiat commodum colonus, cum fructus viliores soleant vendi. 5. Quod in casu ubertatis uterque certet de lucro captando, in quo potior sit conditio rei, sed in casu sterilitatis colonus certat de damno vitando: ex quo dilui potest ratio gloss. sumta à natura contrariorum Accedit denique, q hactenus saltem ubertatem domino prodesse legimus, ut inducat compēsationem cum sterilitate, ne colonus remissionem mercedis obtinere possit: & intelligo ubertatē si præcedetē, sive subsequentem, cum diversitatis ratio dari possit nulla: nec adeo recte Tr. tantū de ubertate sequentis anni hoc lit. F. proponit.

Lit. F.

Incongruo loco hic proponit duas quæstiones emphyteuticas, quas præsertim ipse repetit *th.11.lit.A.* ut proinde nihil necessū erat eas huc referre, cum alias prolixe satis tractet de emphyteusi. Cæterum ad decisionē quæstionis prioris notandum est, duo esse naturalia empyteuseos, ut sit perpetua, & ut pensio præstetur in recognitionem dominii, alterutro mutato alteratur natura emphyteuseos, & declinat ad locationem, cui alias affinis est *§. adeo 3. Inst.d.locat.* multo magis utroq; sublato alterata erit eius natura, id est, si emphyteusis & ad tempus concessa sit, & emphyteuta, ut Tr. loquitur, non exiguam, sed magnam pensionem præstet, ita scil. ut magnitudo summæ non simpliciter, quia etiam magna summa ratione latifundij alicuius exigua esse potest, sed ad proportionē rei cōcessæ, & fructuū nascentiū consideretur, & in summa, ut Dd. loqui solent si præstet pensionē fructibus respondentē In istis terminis ob damnū notabile & insignē sterilitatē aliquid ex canone remittendum

tendum esse censuerim; tum quod huiusmodi emphyteuta cum ad naturam conductoris prope accedat, eius quoque iure hac in re merito uti debet: quod in hoc casu cessat ratio propter quā ex *l.1.C.d.iur Emph.* particulare damnum ad eum spectat: quæ duplex esse videtur, tum qualitas iuris, quod dominio proximum transit in emphyteutam, tū ius dominii directi quod recognoscendum est etiam quacunq; parte superstite, exigua etiam quantitate pensionis, quæ ex natura emphyteuseos constituitur in quibus est solida satis responsio *add.l.1.Cod.d.iur.emph.* in qua sola *Fach.1 controv.89.* pro Treutler.cit. se fundat, cum ipse ad rationes à se pro hac nostra sententia allatas solidi nihil respondeat; quæ etiam est sententia *Bart.* relata *à Salicet.in l.1.C.d. iur. emph.numer. 7.* vbi tamen eam ait divinare: facit huc, quod ex quorundam sententia, si pensio fructibus respondens constituta sit, cessatione biennii non amittitur emphyteusis: referente & fere probante *Mascard.concl.251.num.9.&10.* In altera quæstione probo Treutler. sententiam, quod re ab hostibus occupata, debeat remitti pensio quod effectu inspecto totalis iste interitus habeatur maxime cum ex ratione iuris res fiat hostium occupantium: quam sententiam probat & bene confirmat *Salic. in l.1. C. d. iur. emph n.13.* v. de hoc latiss. *Ias in l.1.C.d.iur.Emph. col.19 f.15.7.B. vers.quid sit reb.* plane hostibus incertum recedentibus vel expulsis facti magis quæstio esse videtur, ad quem temporis intermedii, quo v.c. fundum occupatum tenuerunt hostes detrimentum spectare oporteat,

THESIS. VIII.

LIT. A.

Finiri ait locationem si res locata vendatur, adeoq; successorem particularem locationi stare non teneri. Equidem cum à particulari non recte inferatur universale, potius per modum rationis hoc subiiciendum erat quoniam successor particularis, &c. Sed & illud non satis accuratum, quod pro iisdem habere videtur, finiri locationem, & ei quem stare non teneri: cui posteriori quæstioni locus cōmode non est si ipso iure finita locatio præsupponatur. Verius autē est isto casu, vendita scil. re locationem ipso iure non finiri, sed emtorem, quia cum conductore nihil contraxit, non teneri servare contractum competente saltem conductori expulso actione ad interesse, perinde ac si ab initio res aliena locata fuisset. Subiicit autem Tr. in exegesi, quod sicut emtor non cogitur stare locationi, ita quoq; colonus partiarius non teneatur perseverare. Vbi non apparet ratio, ob quam colonū partiariū, qui minus proprie colonus, & socius quidam est proponat, cum in thesi indistincte de locatione egisset. Cæterum non in isto colono tantum hoc obtinere, sed generale esse, inde ostenditur, quod ratio, propter quam conductor perseverare tenetur non aliunde desumi potest, quā ab interesse locatoris, cui actio ex contractu quæsita est, cum successori singulari nulla contra colonum dari possit. Idq; in casu rei conductæ legatæ diserte responsum est *in l.32.t.* quod colonus non teneatur colere, q nihil intersit hæredis quoniam legatarius actione aliqua, ut conductor perseveret consequi non potest. Ex quo probabiliter dicitur, siquidem inter venditorē & emtorem hoc actum sit, ut colonus in locatione maneat, non posse discedere colonū; quod propter pactum interesse cœperit venditoris, qui discedēte colono actione ex emto hoc nomine cōveniri possit: licet non directo, nec pacto intertertium inito præiudicari possit colono, sed quod venditor eo nomine præstitit emtori, hoc colonus actione ex locato resarcire tenebitur: neq; iniuria infertur conductori, qui alias si res penes eundem mansisset, (factum autem id venditionis ei prodesse nō debet) impune discedere non potuisset. In partiario colono singulare quid videri possit, quod societas omnis, morte socii finiatur. Attamen colonus iste non vere nec simpliciter socius sed simul conductor est, & alias neq; mortuo locatore ubi successor universalis est, stare conductioni teneretur.

Sed quid si locator] Recte affirmat Tr. quod si locator conductori omnia bona vel in specie rē locatā pro observatione contractus oppignoraverit, conductor rē retinere possit, donec quod interest ipsi præstetur: si quidem hæc natura pignoris est ut creditori, qualis hic respectu eius quod interest, conductor est, ius reale ad effectū & retinendi & persequendi præstet. Et consequēter, cū respectu huius interesse tantū creditor, & illud res obligata sit, consequitur necessario vt oblato & præstito eo quod interest ab emtore dignus liberetur, adeoque iure reali quod conductor habuit extincto, iure suo emtor eum expellere possit: quoniam obligatio pignoris cōtractum locationis nec mutat nec facit firmiorem. Secundum quæ Tr. non per adversativam hoc proponere debebat *emtor tamen offerendo, &c.* sed hoc potius tanquam prioribus consequens

quens inferre: cum ipse præmisisset, conductoré tãtum rem retinere posse vigore istius pignoris, donec quod ipsius interesse præstitum fuisset. Porro quod lit. B. de remedio *l. 2. C. d. rescind. vend.* proponitur, remittimus *ad part. 2. disp. 2. th. 11. lit. A.*

THESIS IX.

Lit. A.

Definit emphyteusin contractum, & tamen *th.* 11. eam dicit constitui præscriptione & testamento: eod. vitio, quo *p. 2. disp. 1.* pignus quod in genere definit contractum, statim dividit, ut aliud conventione, aliud citra eam constitui dicat, quod vitium hac collectione magis detegitur: empyteusis acquiritur sive constituitur præscriptione testamento, ut habetur *thes.* 11. emphyteusis est contractus hac lit. A. Ergo quidam contractus constituitur præscriptione vel testamento. Quæ conclusio perspicue falsa alterutram propositionem falsam esse evincit. Nimirum emphyteusis, in genere definienda est per ius, quod vel conventione vel ex legato vel præscriptione acquirimus.

Lit. B.

Iuris Civilis] Contrariam sententiam magis probo, tum propter affinitatem & proximitatem huius contractus cum emtione & locatione, tum *ex §. adeo 5. Inst. locati* in quo cõtractus essentialia à Iust. proposita, iuri civili accepta referri non possunt: & cum *ex eod. §. apertissimum sit*, essentialia ista ante Zenonem fuisse absurdi merito habendi sunt, & inter eos Tr. qui *ex d. §.* contractũ hunc tanquam à Zenon. noviter constitutum, referunt ad ius civile. Nec pro ijs facit quod ibi dicitur *& in l. 1. C. de iur. emph.* quod Zeno constituerit, ut propria esset huius contractus natura: etenim hoc significant, quod constitutione Zenonis hic quasi novus contractus additus sit, qui antea in natura locationis & venditionis involutus, in propria forma non apparebat: cæteroquin Zenoni etiam expresse affirmanti hũc contractum à se primo introductum esse, fidem non haberem, quod assertio Imperatoris rerum veritatem mutare non potest, neque efficere quo minus verum sit, essentialia huius contractus antea fuisse, iuxta *d. l. 3. Locati*, quæ si non fuissent, an negotium illud pro emtione vel conductione haberi debuerit, disputari non potuisset contra *d. §. 3.* Et igitur accidentale tantum quod à Zen. hæc conventio accepit, separationem & distinctionem: quo referendum est, quod *in d. §. ait Iust.* hunc contractum proprijs pactionib. fulciendũ, perinde ac si naturalis esset contractus. Non dissimilis cõtractuum quædam separatio & distinctio apponi videtur *in l. 1. d. cõtrah. emt. in l. 1. d. æstim. act.* Et ut maxime aliquid ius civile huic contractui addiderit, attamen à potentiori facienda est denominatio: contra quam male putat *Salic. in l. 1. C. d. iur. emph. n.* 14. ubi ait ab ordinanter debere hoc æstimari.

Lit. C.

Bonæ fidei] Probo hanc sententiam, tum quia hic contractus consensu constat, arg. *l. 1. C. d. iure emph.* ubi cuncta quæ pactionib. placuerũt firma & rata esse iubentur, ex quo etiam hoc notat *Wesemb. in §. 3. Inst. h. t.* tum quod variæ præstationes ex utriusque parte cum incontractum istum incurrant, super quib. arbitrio iudicis opus est, non debet referri inter stricti iuris cõtractus, in quib. tantum ea veniunt, quæ verbis nuncupata fuerunt arg. *l. 99. d. V. O* tum denique propter affinitatem locationis & venditionis: ut proinde satis comprehensa videri debeat *in §. actionum Inst. d. act.* in quo unico textu se fundant dict. Dd. neque dubito, quin accurata illa enumeratio ex prisco aliquo ICto desumta, cuius tempore contractus iste cum locatione & conductione adhuc fuit confusus.

Lit. D.

Scriptura interveniente.] Colligitur & ex allegatis, & quod in definitione hoc ponit, existimare Treutl. quod scriptura sit de essentia huius contractus. Quam sententiam falsam esse existimo 1. quia ut ante dictum, contractus hic & consensu perficitur & bonæ fidei est in cuiusmodi contractibus minime de essentia scripturã requiri credendum est. 2. præter dictam affinitatem facit, quod citra expressos casus nulla omnino conventio ad sui essentiam requirit scripturam. Equidem autoritate iuris civilis hoc fieri posse admitto, ut alteretur contractus natura, & essentiale ei fiat, quod per se tale non est: verum tale quid hic factum esse nego, non obstante *l. 1. C. iur. emphyt.* ex qua præter alios *Bald. col. 3. vers. quinto nota* male probare conatur necessitatem scripturæ, quod duo ablativi absoluti importent causam finalem. Etenim hoc minime generale esse perspicuum est, & inanis illa verborum est captatio, & respexit Imperator, quod frequentius fit & ut fiat

Zzzz parti-

partium interest, siquidem ut dicemus contractus hic inest perpetuum conferri solet & verissime gl. in d. l. 1. C. d. iur. emphyteut. non prohibet inquit, fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis: quam sententiam à consuetudine approbari in l. 1. n. 6. tradit Bart. & idem affirmantes Angelum, Paris. Socin. refert Clar. § emphyteusis. quaest. 4. ubi tamen contrariam opinionem communē esse affirmat quod etiam testatur Ias. inst. 1. C. d. iur. emphyt. colu. 15. qui tamen colu 13. vers. in ea gloss. multos pro sententia contr. adducit. Illa ratio, qua pro hac nostra sententia utitur Forcat. dial. 19. inf. quod alias perdito postea instrumento actum esset de contractu: nullius momenti, imo ridicula est: quia scriptura non ad essentiam ipsius rei aut iuris acquisiti pertinet, sed ad essentiam actus transitorij, id est, contractus dum fit & celebratur, & quod postea accidit, eius essentiam aut effectum semel legitime constitutum tollere non potest: & alias scriptura ex conventione partium aut non esset de essentia emtionis contra l. 17. C. de fide instrum. aut quod absurdum est, scriptura postea amissa emtio, in irritum redigeretur.

LIT. E.

Ait in emphyteusin dari proprie quidem agrum aut fundum late tamen rem quālibet. Hoc quidem nimis late, quod utique res mobilis non potest: quin & de aedibus res non satis liquida est, & probabilis sententia Donell 6. comm. 13. ꝙ solus fundus sit subiectū habilis huius cōtractus: quia lex meliorationis q̄ est de essentia originaria hujus cōtractus arg. §. Inst. locat. in aedibꝰ cōmode non habet locum. Licet Tte. in istis non obscure improprium tantum emphyteusin admittat, cum alias etiam pactionibus natura contractus possit alterari, & superficiarius ius soli non habet, quod transit in emphyteutam. Vbi tamen repl cari possit, ꝙ ideo nuda superficies trāsferri dicatur, quia areae in qua aedes positae sunt, nullus esse potest usus: caeteroquin si ius soli in emphyteu: à aedium transferri dicas, ꝙ ista opinione admissa omnino dicendū est, sequerer, etiā destructis aedibus: in solo emphyteusin durare: ꝙ verum non videtur, cessante quippe fine concessionis aedīū: licet Dd. hoc admittant. & hanc differentiam emphyteutici superficiarij cōtractus statuant, referente Ias. in l. 1. C. d. iur. emphyt. col. 8 p 155. v. tertio quaero, quod domo destructa etiā invito domino novā extruere possit, ꝙ superficiario permissū esse negant. Illa autē differentia ib. à Ias. tradita, quoq; superficies etiam cura constitutionē annuae pensionis concedi possit, nihil huc pertinet: quoniam illud hic quaeritur, an ius perpetuo aedibus prò certa annua pēsione utendi. ꝓ emphyteusi possit haberi, quoniam etiam talem superficiem esse constat, ut singulis annis solatium solva, ur.

LIT. F.

Cui praedij alienatio.] Ergo vasallus rem feudalem in emphyteusin dare nō poterit: q̄ communem opinionē esse ait Clar. in §. feudum, q. 33. nu. 3. cui non obstat, ꝙ de in feudatione vasalo permissa afferri potest: quia hoc speciali feudorum iure & sub certis limitibus, quos tradūt feudistae, licet plane in emphyteusi alterata & respectu durationis, si tēporalis sit, & ratione quantitatis pensionis, si sit ꝓportionata fructibus, contrarium defendi possit: quoniā haec ad locationem, quae vasallo interdicta non est, ꝓpe accedit: idq; ex sententia Tt. sup. hac disput. th. 1. lit. F. quod feudum ad longum tempus locari possit, tanto magis est admittendum.

Et dominium possessionis.] Dominium hoc commentitium esse puto, ut pluribus ostendetur infra p. 2. disput. 15. th 1. lit. B. utiq; plus in emphyteutam transire vel hinc apparet, ꝙ utilem non possessionis nudae sed ipsius rei vindicationem habet: in censuarium autem perfectum & plenū dominium transfertur.

Est autem huius.] Sententia haec, ꝙ in dubio contractus censiticus magis q̄ emphyteuticus haberi debeat, videtur receptior esse per notata Menoch. 3. praesumt. 109. nu. 3. & seqq. Wesemb. cons. 5. num. 45. Francis. Mant. d. ambig. convent. lib. 5. 2. num. 53. ubi quam plurimos allegant. Sed dubiū tamen facit, quod cum iuxta iam dicta in censuarium plenissimum ius & solidum transferatur, non videtur quis praesumi ius omne à se abdicatum voluisse, quae ratio etiam est Everhard. citat. in loc. ab emphyteusi ad censum n. 5. Deinde cum etiam censuarius pensionem praestet, à domino autem rei aliquid annuatim solvi, irregulare, sed in emphyteuta regulare fit, potius contractum emphyteuticum ex constitutione annuae pensionis, quae naturae dominij regulari repugnat, celebratum praesumemus: quam sententiam à multis probari, ex iam citatis autoribus apparet, quā etiam tanquam cōmunem refert Clar. in §. emphyteusis quaest. 1. num. 3. & Mascard. concl. 544. in pr. ꝙ accipiens censū praesumatur dominus directus. Plane prior sententia, ut res potius videatur censitica, omnimodo procedet, si v. c. testator haeredem annuam pensionē de fundo aliquo alteri sol-

solvere iusserit. Effectus autem huius disputationem hic non postremus est, quem subjicit Treu. *in vers. itaque illo*: quod res censitica, propter cessationem solutionis non fit caduca, etiamsi longissimo etiam temporis cessaverit censavarius, ut tradit *Everhard. in d. loc. ab emphyteusi ad cens. nu. 5. Ioh. Fabri in § adeo Inst. locati col pen. Ias. in l. 1. C. d. iur emphyt. col. 10. vers. nam inter Menoch. lib. 3. præsumpt. 10.6. num 15. qui plures allegat.*

LIT. H.

In domini recognitionem.] Quoniam inde ortum traxit emphyteusis, quod initio fundi steriles & inculti ita concedi solebant reservato concedenti dominio, quod ne diuturnitate temporis oblivioni daretur annua pensio aliqua præstanda fuit *rectè Iason. in l. 1. C. d. iur. emph. in pr.* Adeoque si pensio proportionata fructibus præstetur, alteratam illius contractus naturam, & prope locationem accedere dicemus.

LIT. K.

Utramque ait vel ad certum tempus & in perpetuum constitui posse. Non satis accurate: quoniam perpetuitas de natura huius contractus, sed temporalitas ex accidenti & pacto est §. 3. *Inst. d. locat Ias. in d. l. 1. col. 2. vers. advertendum Mascard concl. 602. num. 2*. Et sane si utrumque hoc concurrat ut definitum tempus sit, & pensio fructibus respondeat, parum differet à locatione, maxime secundum sententiam Treut. thes. 4. lit. C. ubi etiam locationem ad longum tempus agnoscit.

THESIS X.

LIT. A.

De emphyteusi Ecclesiastica parum distincte hic agit & hac lit. tres Novell. allegat, in quibus tamen diversum traditur ius, Et in *Novell. 7. cap. 3.* tantum permittit Iustin. usque ad tertiam generationem primi acquirentis constitui ab Ecclesia emphyteusin. neque enim hoc ad ædes religiosas quæ in urbe Constantinopolitana sunt, restringi potest: licet hoc videatur velle Treut. quoniam cap. 2. eandem materiam de rebus sacris tractans, de omnibus ubicunque existentibus Ecclesijs loquitur. Porrò *Nov. 55. c. 2.* Ecclesijs sibi inuicē perpetuas emphyteuses constituere concedit. Denique *Novell. 120. c. 9. in pr & §. 1.* in perpetuum etiam Ecclesijs in extraneos iure emphyteutico res transferre permittit: excepta scilicet in casu primo *d. Nov. 120. §. emphyteusis* Ecclesia regiæ civitatis, & alijs quæ ibi sunt religiosis ædibus: atque ita expressius hic restringitur quod *in Nov. 7. c. 3.* generalius propositum erat: & hactenus recte Treutl. quod dictas Ecclesias excipit: sed illud puto non recte quod extra dictas Ecclesias omnibus alijs commune facit, ut ab ijs constitutæ emphyteuses etiam in perpetuum, tantum ad descendētes primi acquirentis transeant. Etenim ex quo in perpetuum ab Ecclesia emphyteusin recte constitui admissum est, & ex natura ita constituta emphyteusis est, ut ad quoscunque heredes imo etiam singulares successores cum onere suo transferatur, postquam nulla probatur exceptio, merito regulam sequemur. Et cum ipse Tr. lit. B. admittat emphyteusin Ecclesiasticam etiam simpliciter pro hered. acceptam, ad extraneos heredes transire, etiam & magis hoc admittendum existimo, ubi expresse in perpetuum emphyteusis constituta est: alia enim quæstio est, si emphyteusis indefinite sine temporis & hæredum mentione concessa sit: quo casu in tertia generatione eam finiri existimat *Covar. 2. variar. resolut. 17. num. 6. vers. quinta conclusio*: licet id male probet *ex c. 3. variar. ex c. 3. r. 7.* vel quia id referri potest ad Ecclesias urbis regiæ, vel quia isti loco derogatum est per N. 120. c. 6. quam correctionem etiam notat Accurs. vel quia *in d. c. 3.* non quid iuris sit, simpliciter constituta emphyteusi, proponitur, sed emphyteusis ultra tertiam generationem constitui prohibetur: & hanc sententiam quod emphyteusis Ecclesiæ in perpetuum ut etiā in extraneos hæredes transeat, & c. 3. N. 7. sit correctum per 120. c. 7. communiter teneri apparet *ex not. Iason. in l. 2. C. h. t. colum. 14. ante fin. v. decimo octauo quaero.*

LIT. B.

Tempore verb. finit.] Otiose repetit quæstionē, quam movit h 4. lit. D. an emphyteusis finita tacite ad instar cōductionis renovetur. Quod recte quidē negat, sed ex minus recta ratione, quod emphyteusis requirat scripturā. Etenim 1. magis est ut iuxta supra not. hoc falsum sit. Deinde nec bona videtur cōsequentia, quod necessum non omnia quibus initio opus est in repetito contractu intervenire: sed & cum ipsa renovatione, siquidē ei locus esset ipsa quoq; scriptura tacite repetita viderij possit: & cū ex partiū conventione scriptura de essentia locationis esse possit *arg. l. 17. in pr. C de fide instr.* hoc tñ etiā casu tacita renovatio, quam natura istius cōtractus admittit, nō videtur impediri. Rectior ratio videtur inde desumi vel quod maius hic versatur præiudicium, & in iuris illius & utilis dominij continuationem non facie consen-

 tire

tiae dominus praesumendus est: vel quod cum renovatio ista tacita tantum anno duret, utcunque initio quinquennalis fuerit locatio *l.* 13. §. *ult.* locati, annua emphyteusis constitui non potest.

Quare si emphyteuta.] Quod hic subjicit de emphyteuta pro filijs accepta & indescendentes tantum transmittenda, cum praecedenti, de renovatione tacita emphhyteusis nulla plane habet affinitatem, sed qualiter connectendum est cum ijs quae in ipsa thesi de duratione emphyteusis proponuntur. Res ipsa ex circumstantijs decidenda videtur, & ex proposito scopoque contrahentium: & possint aliquando verba ista non tam restringendi causa, quam ad denotandam perpetuitatem concessionis adiecta videri, sicut ex adverso ex proprietate verbi primi tantũ gradus liberi vocari intelligi possint licet in dubio in eiusmodi casu verbum *filiorum*, etiam nepotes comprehendat.

Ideoque eam.] Inferendo negat Tr. quod pater uni ex filijs in terminis praemissi casus emphyteusin praelegare in caeterorum praeiudicium possit. Ubi 1. verba *in praeiudicium*, supervacua videntur, quoniam posito quod negativa sententia admissa necessario ponendum est, ex concessione illa ius liberis quaesitum esse, fieri non potest, ut citra praeiudicium aliorum uni praelegetur: nisi forte eo Treutl. respexit, qud pater per modum compensationis caeteris filijs aliquid praelegando praeiudicio illi occurrere possit: quo quidem casu posita sententia negatiua ipso quidem iure praelegatum emphyteusis non valebit, sed ex approbatione tacita alterius filij, legatum suum agnoscentis. Et in sententiam istam negantem magis etiam inclinat *Iason in l.* 2. *de iur. emphyt.* ubi per octo columnas usque ad fin. late pro utraque parte autoritates & rationes adducit. Ego verò rationi iuris magis convnite sententiam affirmantem. 1. quoniam licet aliquod ius filijs quaesitum dicamus, illud tamen non est ita formatum & radicatum, ut singuli praecisè partem in emphyteusi sibi vendicare possint, sed hactenus saltem, ut si nihil aliud intercedas ipsi in emphyteusi succedant: cum alias pater non sit persona, quae regulariter liberis acquirat, & ut Ias. d. loc. pro hac sententia disputat, quod pater liberis stipulatus est, revocare possit. 2. quia simpliciter verius est, ex huiusmodi concessionis forma liberis ius quaesitum non esse, sed illa verba pro filijs favore domini restringendi juris emphyteutici, quod natura sua perpetuum est gratia, apposita fuisse, eoque nihil aliud nisi ius succedendi ab intestato liberos sibi vindicare posse, perinde ac si ipso iure emphyteusis ad descendentes tantum vel certos eorum gradus pertineret, velut ubi à maiori Ecclesia concessa est *Nov.* 120. *c.* 1. quo casu uni filio eam praelegari posse non dubitaverim. Facit arg. sumtum à fidei commisso relicto, si sine liberis decesserit: quo casu ex veriori sententia, de qua alibi, liberi non sunt vocati, neque in dispositione, sed tantum ut non deficiat fidei commissum operantur.

Est & hoc singulare.] Ait singulare hoc esse in emphyteuta Ecclesiae, quod qui Ecclesiae solvit collectos, de iure non teneatur temporali domino attribuat fiscalia: Atquin hoc liquidum est, neminem teneri duplas collectas solvere, & siquidem Ecclesia ius exigendi collectas habet, necesse est eam territorij quoque & quasi maiestatis iura habere. Verum Dd. etiam quos citat Tr. simpliciter formant quaestionem, an emphyteuta Ecclesiae principi territorij collectas solvere teneatur. Cuius quaestionis decisio non ex priuilegio emphyteutae sed ex qualitate rei desumenda est, an videlicet res Ecclesiasticae sint immunes à collectis, & si sunt, an concessae in emphyteusin laico privilegium istud amittant. Et prior quaestio secundum canonistas expedita habetur, quod sint immunes, quod causam dedit statuto Veneto, ne res immobiles ad Ecclesiasticos transferrentur, ne videlicet respublica imminutis tributis damnum sentiret. In quaestione posteriori pro sententia affirmante dubium facit, quod privilegium Ecclesiae favori datum non debet aliis prodesse, siquidem immunitas ista non praedii est, sed Ecclesiae. Verum decidendi ratio pro sententia negante haec est, quod res in emphyteusin data non desinit esse res Ecclesiae, cum directum dominium eius maneat, & propter hoc commodum tanto maior pensio praestanti intelligitur: ex quo facile arg. Alexandri pro diss. citati responderi potest. Et hoc in collectis ordinarijs non extra ordinarijs & quas extrema necessitas & publica utilitas exigit. & quas etiã clerici praestare tenentur *arg. l.* 1. *& ult. C. de immunic. conc. l. qui immunitatem C. de muner. patr. l.* 1. 2. *& ult. C. quib. muner. nem. licet excus. &c. Alex. cons.* 68. *numer.* 13, *Osasceus decis.*

decis.

decis. 68. num. 8. & 95. num. 49. sicut & constat immunitate concessa á muneribus quibuscunque non contineri insolitos, *Osascus d. decis. 68. & 91.* ut proinde parum subtilis sit limitatio Treutl. quod emphyteuta teneatur ad collectas, quæ ad defensionem publicam coguntur quia has ipsa quoque Ecclesia præstat.

THESIS XI.

LIT. A.

Ait acquiri emphyteusin pactionibus: & in exegesi subijcit, pactiones illas quæ contractui apponuntur, omnino servandas esse. Quibus verbis confundere videtur conventionem ipsam principalem qua constituitur emphyteusis cum pactionib. accessorijs & adiectis. Quæ hac lit. adduntur de non remittendo canone ob sterilitatem vel incursum hostium, tractata sunt supra thes. 7. lit. F. In casu inundationis admittam sententiam Treutl. si sit subitania & brevis, cæteroquin aliud fuerit si ea integrum totius anni usum absumat & inhibeat.

LIT. B.

[*Præscriptione.*] Ad hanc requirit 30. aut 40. annos: verum non animadverto rationem huius specialitatis cum etiam dominium rei longo tempore acquiratur, & ususfructu *l. ult. in fi. C. de præscript. long. temp.* & ergo idem in emphyteusi, sive ea pro ususfructu sive pro utili dominio accipiatur. Nec quicquam obstat *l. ult. Cod. de fund. patrim.* quia ibi agitur de fundis non privatorum, sed Cæsaris, quos privilegio ampliori gaudere rationis est, cum præsertim pensionem accipiat ex ijs procurator Cæsaris, qui merito non debet præiudicare posse Cæsari, adeoque possessores iniquitate temporis se defendere necesse habent: & huius sententiæ aliquot autores citat. *Ias. in lib. 2. C. de iur. Emphyt. 6. folijs ante fin. in 9. & ult part. gl. repellere,* quod sufficiat longum tempus, licet communiss. à Dd. 40. annos requiri testetur.

Quod tamen cum illo.] Hoc ipsum, quod præscriptioni iuris perpetuis locus non sit: si ab initio de titulo locationis constet, totidem fere verbis proposuit supra th. 4. lit. C.

Quod si tertius.] Si tertius bona fide longissimo tempore possideat, bona prioris possessoris propria fuisse putans, ea pro censiticis præscribi affirmat, referens se ad tradita thes. 9. lit F. in F. ubi in dubio bona ait præsumi potius censitica. Et ergo in hoc casu censitica bona opponit emphyteuticis: idque necessario consequens ei est, quod bona propria autoris sui fuisse successorem existimasse proponit: sicut & necessum est ponere annuum censum fuisse solutum: cæteroquin absoluto & pleno iure rem sibi acquirit. Ad hoc autem non recte allegatur Nov. Electoris Augusti p. 2. cap. 40. in f. quæ recte accipitur de præscriptione iuris emphyteutici, quia primo proponitur casus in ipso qui rem accepit titulo conducti, quo probato nullum præscriptioni locum relinquit, sed rem restituendam esse sancit constitutio: sed in tertio admittit præscriptionem, das die Güter verjähret/hoc scilicet effectu, ut restituere rem possessor non teneatur, quod possessor primus in præcedenti casu facere tenetur. Illud nihil huc pertinet quod in regula iuris de negata facultate titulum possessionis sibi mutandi traditur: quia hic alia persona & novus possessor est, qui sive pro emphyteuta, sive censuario, sive pro domino simpliciter sibi ipsi possidere incipit: cum etiam ead. persona, v. c. colonus, talem se esse negando, domino intervertere, & in se possessionem transferre possit, de quo etiam aliquid dictum supra th. 4. lit. C.

LIT. C.

Successione.] Parum subtiliter hoc proponitur, quoniam ut ex allegatis apparet, intelligit successionem illam per quam liberi emphyteusin parentis sui acquirunt: quomodo emphyteusis cum per universitatem cum alijs rebus quibuscunque hereditario iure transferatur, non recte successio specialis modus acquirendi emphyteusin statuitur: & cum successio sit vel ab intestato vel ex testamento, hoc tanquam specialem modum proponere non debebat. Sed nimirum Tr. hic confudit modos, quibus emphyteusis ab initio acquiritur ac constituitur, cum ijs quibus constituta in alios transmittitur: & cum testamento emphyteusin constitui dicimus, intelligimus eam constitui per modum legati, veluti cum testamento usumfructum vel servitutis alias constitui affirmamus.

Adeoque tam fœminas.] Hoc certum est, sed exceptio subiecta, *nisi aliud convenerit*, non satis liquida videtur, quod res acquisita pari, æqualiter ad hæredes omnes ab intestata descendit: & diversa ratio feudorum est in quæ quomodo succedatur, nominatim lex disponit: licet

sententia Treutler. videtur esse communis, per notata *Ias. in l. 2. C. de iur. emphyt. colum. 40. fol. 169. vers. secundo quaris*, ubi affirmat etiam ita posse accipi emphyteusin, ut primogenitus tantum succedat. Pendet autem huius rei decisio ab ea quæstione, an uti ex heredibus pacisci & consulere possimus, de qua actum est supra *disp. 6. th. 6. lit. F.*

LIT. D.

Negat hic immunitatem à præstatione pensionis lōgissimo tēpore præscribi posse. Sed quæstio distinguenda est, ꝙ aut fatetur se emphyteutam, & sola cessatione solutionis se defendit, & veram non dubito Treut. sententiam, quod præstatio pensionis sit de essentia emphyteusis: ut proinde licet defendatur reditibus annuis longissimo tēpore præscribi posse, de quo agitur infra *part. 2. disput. 22. th. 3. lit. L.* ea tamen sententia huc accommodari nequeat, quod qualitas illa emphyteutica præscriptioni huic adversetur. Plane quoad pensiones præteritas recte statuemus præscriptioni locum esse. Quod si autem possessor, qui emphyteuta arguitur talem se esse canonemque se debere negaverit, & ita pro suo possidere cœperit, iam non de præscriptione immunitatis, sed directi dominii quærendum est: cui præscriptioni in his terminis locum esse, ratio iuris evincit, & ꝓbat *Iason in d. l. 2. C. de iur. emphyt. fol. 6. ante fin. in ult. part. gloss. repellere, fol. 173. B. vers. 3. quaeri* ubi ait non posse præscribere emphyteutam, quamdiu alium agnoscit directum dominum, sed facto interveni enre posse, non nuda destinatione, id est, ut explico si negando canonem & ius emphyteuticum, statum rei mutare, possessionemque pro suo interverso domini iure adipisci cœperit. de quo vide alios ibi allegatos *à Ias. Cynum & Salicet. in l. 2. & 7. Cod. de præscript. 30. annor.*

LIT. E.

Quæritur hic an repudiata hereditate filius emphyteusin retinere possit: cuius quæstionis negativa pars quam Treutl. sequitur, in emphyteusi simpliciter concessa & accepta, omni dubio caret, sicut & eo casu quo pro heredibus accepta est. Verum si accepta sit pro se & filiis, in quibus terminis loquitur *Clar. cit. quæst. 37.* contraria pars communior est, *teste eod. Clar. & Ias. in sæp. d. l. 2. de iur. emphyt. 4. fol. ante fin. in tertia quæst.* Sed hic quoque cum Treutl. ut sentiam ratio iuris facit, cum illa adiectio *pro filiis*, denotet saltem personas succedentes, minime autē efficere possit, ne emphyteusis sit hereditaria: qua posita qualitate separationi illi locus esse nequit: & frustra fingitur tale ius quæsitum filiis ex quo patre mortuo proprio iure emphyteusin sibi asserant. Neq; huc facit ꝙ *in l. 45. §. 2. de V. O.* ex stipulatione patris post mortem patris filiæ actio quæritur: quoniā hoc fit in illo casu recta, neque per transmissionem à patre: nec quisquā dixerit, in nostro casu filios tāquam ex stipulatione patris persequi emphyteusin posse.

LIT. F.

Tandem, inquit Treutl. naturales & legitimatos filios in emphyteusi civili succedere existimo: adeoque, quod *& ex Clar. cit. in §. emphyteusis. quæst. 31.* apparet, negat eos succedere in emphyteusi Ecclesiastica. At quin hoc primo simpliciter male proponitur, quoniam si pro quibuscunque heredibus, imo etiam si pro heredibus tantum accepta sit emphyteusis Ecclesiastica, eam in heredes extraneos transire ipse admittit Tr. th. præc. lit. B. atqui legitimati liberi etiā non instituti ab intestato succedūt. 2. assertio Tr. perspicue falsa est in legitimatis per subsequens matrimonium, quos omnino ius Can. agnoscit & legitime natis exæquat, *cap. tanta, extra, qui filij sint legit.* Sed & si proponātur liberi legitimati per rescriptum Nov. 74. & 89. quibus locis dicuntur ab aliis liberis nihil differre, idē statuerim: quod utique ius Can. autoritati Imperatoris, quoad effectum legitimationis nihil derogat: omnimodo autem ita ius erit, si legitimatum à Pontifice proponas: cuius potestatē qui non agnoscunt, eo facilius legitimatos à principe à quacunque emphyteusi admittent. Apparet autem huic quæstioni tantum esse locum in emphyteusi restricta ad liberos vel ad certas generationes: in quibus terminis expedita decisio est illos successuros, qui eo iure, quo concedens utitur, pro liberis habentur: quamvis videri possit etiā eius iuris habendam rationem, quo emphyteuta utitur, in quod ipsa concessione à domino cōsensum videtur. Et ergo labitur cum Tr. Clar. indefinite hoc negans, & gravius quæst. 30. ubi etiam naturales tantum in civili emphyteusi succedere, & in contractibus regulariter filiorū appellatione etiam naturales venire falso affirmat. Equidem ab intestato naturales non succedere constat, instituti autem tanquam extranei veniunt, neque adeo emphyteusis capaces nisi speciali voluntate patris, accedente qualitate emphyteusis, si in perpetuum vel pro heredibus concessa proponatur.

THE-

THESIS XII.

LIT. A.

An idem est laudemio]Rectissime hoc negatur, & vix ratio dubitandi, quod circa textus pœnalia extendi non possunt, cum longe etiam diversa laudemij & canonis ratio sit. De distinctione bonorum emphyteuticorum & censiticorum iam bis in præcedentibus egit: quæ magis autoritate interpretũ quam niti videtur & difficilem huius rei distinctionem esse agnoscit citata N. Electoralis: quo respexisse videtur *Tiraqu de retract. p. 1. § 34. gl. 1. in pr. velut & Bart. in l. 1. C. h. t. col. 2.* emphyteusin & libellarium contractum differre negat, quos tamen alii arbitrarie distinguere solẽt: de qua re & horum affinium inter se contractuum distinctione v. omnino *Ias. in l. 1. C. h. t. col. 6. vers. iuxta hu.*

LIT. B.

Ipso iure.]Probo hanc sententiam, quia lex cessationi canonis caducitatis pœnam ipsa indicit *l. 2. C. h. t. & Nov. 7. c. 3.* Sed ut legis hic effectus sequatur, necessum est de facto constare, ꝙ cessatum sit, & dominum ius suum exercere: ex quo frustra in contrarium adducuntur verba *d. l. 2. si voluerit*: & ita compensatio ipso iure fieri dicitur, dummodo debitũ liquido sit probatũ, iuxta non not. supra, *disput. 25. th. 10. lit. E.* vide de hac quæstione *latissime Ias. in d. l. 2. colum. 2. cũ multo seqq. vers. quinto nota*, ubi recte tradit non posse à tertio emphyteuta ex hac causa opponi caducitatem: quoniã dominus ius suũ remittere potest.

Antequam autem dominus.] Fructus ante declarationem voluntatis domini perceptos ad emphyteutam pertinere ait, ita quidem, quæ sententia est citati Fach. ut eos lucretur: cuius rei uniců fundamenrũ adducitur à Fach. ꝙ interim maneat utilis dominus. Contrariã sententiam, ꝙ declaratione sequuta fructus retro perceptos restituere teneatur communem esse colligitur ex traditis à *Ias. in l. 2. C. h. t. colum. 5. vers. secundo quæro.* ubi duplicem pro ea rationem adducit quod nec malæ fidei possessor nec usufructuarius iure suo finito fructus suos faciat. Quamvis utrique rationi una responsione satisfiat, quod ut iam dictum cum dominus possit ius suum remittere nec effectus legis, privatio, nisi declarata domini voluntate sequatur, nec emphyteutam, qui sperare potest dominum iure suo non usurum simpliciter pro malæ fidei possessore, nec emphyteusin pro finita habendam. Facilè etiam respondetur fundamento Fachin. quod cum ipso facente finito triennio potestate legis emphyteuta iure suo privetur: sequuta declaratione voluntatis lege operante effectus quoque privationis statim à finito triennio inducetur: neq; enim declaratio illa privationem inducit, sed tantum quod dominus iure suo uti velit, ostendit, & proinde retro ex eo tempore quo potestate iuris emphyteuta privatus fuit, nihil amplius ex fundo sibi vindicare poterit, quod alias necessario contrà sententiam ipsius Tr. & Fachin. imo *d. l. 2. C. h. t.* sequeretur, legem non nisi à tempore declarationis sequutæ operari. Atque hanc sententiam magis probo, sub hac tamen limitatione, nisi vel quia dominus præsens sciens tacuit, vel ex aliis circumstantiis, emphyteuta probabiliter spem retinendæ emphyteusis sibi facere potuit: quam limitationem Corbuloni tribuit Fachin.

Quid si Emphyteuta.] Tractat hanc quæstionem *Ias. in l. 2. C. h. t. colum 16. quæst. 16.* & probat quod emphyteuta qui solidum non solvit omni iure suo cadat. Quam sententiam nõ probo, quia pœna ista privationis non tã introducta est ꝓpter pecuniariũ interesse domini, quod in aliis casibus v. c. stipulationibus pœnalibus obtinet, quã potius, quod emphyteuta non solvens præsumatur dominum iure suo intervertere, eumq; nõ amplius recognoscere velle. Fachin. ita limitat, modo tantum solverit emphyteuta, quod unius anni conficiat canonem. Ego tenraverim idem esse licet minus solverit adeoque dominum ex contractu ad integram pensionem agere debere, itaque hoc obtinere, ut nec pars rei fiat caduca.

Et an dominus.]Latissime hãc quæstionẽ exequitur idẽ *Ias. in d. l. 2. col. 30. ad gl. verbo magnã repellere. vers. clara*, ubi itidem propria autoritate emphyteutam à domino expelli posse male affirmat. Ratio à colono desumta ipsum vel maxime oppugnat, quia ꝙ hũc expelli posse dicitur *l. 3. C. de pactil. 54. § 1. eod.* liquido ad iuris remedium pertinet: Fundamentum alterum à possessione domini civili desumta falsum est, & ex vera iuris ratione dominus nullo plane modo possidet, & utcunque commentum illud Dd. admittamus, imaginaria tamen illa possessio, expellendi ius emphyteutam reali & vera possessione præstare non potest, & omnino ratio illa sibi ipsi ius dicendi à iure nostro plane abhorret.

LIT. E.

Et si interpellatum non sit.] Ex l. 2. C. h. t. & communis est sententia diem citra interpellationem debitorem constitue-

se

re in mora, idque vel maxime si de committenda pœna agatur *l. 12. C. de contrah. stipul. l. 23. de oblig. & action. de quo pluribus infra part. 2. disput. 3. thes. 6. lit. C.*

LIT. D.

Hanc itidem quæstionem fuse tractat *Ias. in d. l. 2. C. h. t. gl. 1. quæst 29.* Et in emphyteuta Ecclesiastico celerem satisfactionem admitti textus est in cap. potuit, extra, locati: in civili oblatione quantumvis celeri non evitari pœnam nec purgati in communis est Dd. sententia quam refert & sequitur *Ias. cit. loc.* Iure nostro duplex est purgatio moræ, altera communis, ad tollendos effectus moræ v. c. usuras, rei periculum in futurum: altera specialis in obligationibus facti, cuius præstatione ante litem contestatam evitatur præstatio eius quod interest. Talis autem purgatio ut iuri iam quæsito alterius præiudicetur in præteritum, iure nostro incognita est, maxime ubi ipsa lex pœnam inducit, cum alias communis sententia sit ubi pœna etiam conventionalis & dies est, purgationi ad effectum evitandæ pœnæ locum non esse, quod citato adstruit Ias. & Tr. infra p. 2. disp. 3. th. 9. lit. H. Ideoque sententiam hic Tr. probatam veram puto, etiamsi ante declarationẽ domini oblatio facta fuerit, quam quorundam distinctionem citato loc. refert Iaso. quoniam ut supra dictum non declaratio illa, sed lex privationem inducit.

LIT. E.

Alia nec minus minus controversia hic proponitur quæstio, an dominus post triennii cessationem remisisse caducitatem intelligatur: quã diffuse tractat *idẽ Ias. in l. 2. C. h. t. fol. 11. col. circiter 44. vers. in ea.* ubi post relatas varias variorum opiniones & distinctiones tandẽ concludit quod dominus recipiẽdo canonem etiam præteriti tẽporis citra expressam protestationem super iure expellendi sibi præiudicare intelligatur. Quam sententiã ego quoq; contra Tr. probo. Etenim emphyteuta canonem non solvens duplici causa iure suo privatur, tũ quia pensionis damno dominum afficit, tum præcipue, quod non solvendo quodammodo emphyteutam se negare videtur. Cum igitur post elapsum tempus canonem offert, utrumque hoc vitium purgat, & dominus recipiẽs canonem ipsum pro emphyteuta agnoscere videtur. Et cum verius sit dominum simul & canonem exigere & emphyteutam expellere non posse, quo faciunt not. lit. F. h. th. quod ex hac causa emphyteuta expulsus meliorationes suas amittat: Siquidem dominus exigere non potest canonẽ ut salva sibi maneat rei vindicatio, etiam recipiendo eum iuri vindicationis renunciasse crederetur. Facit ꝙ cum privatio sit revera pœna, regulariter res ipsa & pœna simul peti non potest, facis & *l. 4. C. de pact. int. emt. & l. 10. inf. de vect.* Nec obstat quod dicitur canonem recipi pro perceptis fructibus pœna a. pro cessatione infligi: quoniam principalis pensionis solvendæ finis est, recognitio domini. An a. solutio à tertio facta vel oblata, emphyteutæ ad pœnam evitationem prosit, vide *Ias. in l. 2. C. h. t. in prima gl. qu. 25. col. 20.*

LIT. F.

Vtrumque simul exigi nequit.] Id est ut & pœnam conventam præstet, & emphyteutam expellat, quomodo hunc casum proponit cic. *Clar. q. 8. n. 12.* nisi tamen expresse hoc actum sit, ut utrumque peti possit *gl. in l. 2. C. h. t. & ibid. Ias. colum. 52. vers. in ea gl. pag. 172.* ex quo etiam in seqq. *vers. limitat tamen* alia exceptio fieri possit addenda, si adiecta fuerit clausula, rato manente pacto. Verum hæc limitatio ad illam propositionem pertinet, quod dominus simul pensionem & pœnam conventam exigere non possit, qui in aliis quoque casibus huius clausulæ effectus, ut inhibeat effectum tacitæ novationis, de quo *in l. 44. § ult. de obl. & act.* cæteroquin ut duplex pœna peti possit, non operabitur. Et ex hoc quod pœna conventa & pensio simul exigi non possit firmatur disputatio ad lit. E. quod dominus recipiendo pensionẽ non possit exercere ius caducitatis: quoniam non diversa legalis & conventæ pœnæ hac in re videtur esse ratio.

THESIS XIII.

Vbi heredum nonsolvente totam emphyteusin amitti affirmat. Hanc sententiã summi iuris esse cui æquitas repugnat, ait *Mynf. 3. obs. 99.* & rigorosam appellat *Clar. q. 8. n. 13.* eam tamen probat *Ias. in l. 2. C. h. t. q. 27. col. 16.* Vnicum illius assertionis fundamẽtum est quod subiecta pœnalis stipulatio, sicut ipsa indiuidua est, ita principalem quoque obligationem indiuiduam efficit, ita ut præstatione partis non evidetur pœna, & nisi toto præstito in solidum pœna committatur *In l. executione 85. de V. O. iuncta l. etiam partis, d. legat. 1.* cũ aliis citatis *à Fachin. 1. contro. 6. 7.* ubi respondet (quod omnino falsum est,) heredes non venire ex persona defuncti, sed tanquam novas emphyteutas. Ego dubito, an eadẽ pœna legalis & conventionalis in odiosis sit facienda ratio *arg. l. fraudati 18. §. 1. de public.* qui textus bene fac. contr. Tr. sed & privatio non inducitur recta, propterea quod solidum nõ præstitum est, sed ut

sæpe

sæpe dictum primo & principaliter propter neglectam cognitionem dominii & præsumptam voluntatem intervertendæ possessionis. Quod si in præstatione canonis etiam rationem compensandi fructus respicias & consideres, tanto minus sententia illa Ias. habebit locum: quæ procul dubio etiam in locatione ratio est. Neque videtur ead. huius obligationis ratio: fundum dabis & si non dederis, centum: quæ huius, ex qua singulis annis sub pœna privationis, certa pensio debetur.

LIT. D.

Nec invito domino illud deserere.] Probo hanc sententiam, quod emphyteusis non per modum beneficii, sed alterius contractus ex quo mutuæ præstationes sunt, conceditur: eaque sententia communissima est pos tradita à Iasone *l.2.C.h.tit. colum.7 vers.principaliter*, *& à Tiraquell.de retract p.1.§.34.gl.1.nu.1, & seqq.* Nec ullo modo stringit ratio qua contrarium defendit *Gonan.7.comm.12.nu.7.* quod cessando in solutione rem facit esse caducam: quoniam fit hoc modo caduca, si dominus doluerit, cuius favore, non vero emphyteutæ hoc constitutum est: quomodo cõductor mercedem non solvens expelli potest, quem tamen contractui ex arbitrio suo renunciare non posse satis liquidum est.

LIT. E.

Nec invito domino alienare.] Abutitur cum Dd. Tr. textu *in l.3.C.de iur.Emphyt.* ex qua, docet *vers.sed ne hac*, & alias diximus, non nisi tenetur emphyteuta denunciari domino, ipsique prærogativam hanc relinquere, ut dominus extraneo emtori præferatur: & hoc insuper ita demum, si dominus intra duos menses voluntatem suam declaraverit: quibus elapsis, emphyteuta impune etiam invitissimo domino cuius meliorationes vendere potest: ut proinde errent qui emphyteusin inter classem rerum alienari prohibitarum referunt, & eandem emphyteuseos quæ feudi est hac in re rationem esse putant.

Nequidem permutando vel donando.] Nobilis in hac materia ista quæstio est, fusissime tractata à *Ias.in l.3.C.h.t.col.14.cum seqq.* Et pro Tr. facit, quod Iustin. *in l.3.* utitur verbis generalibus *alienationis & trans lationis*: sed ex adverso, quod cõstitutio eiusdem l.3. de denuntiat. domino facienda & huius prærogativa, donationi accommodari non posse videtur. Quamvis dici possit, nihil absurdi esse, si præsertim in constitutionibus Iustin. verbum generis de specie accipiatur, cum ipse etiam verbum alienationis quo initio utitur, per verbum venditionis postea subiectũ explicare voluisse videatur: quo facit quod in pr. d.l. de alienatione & ipsius iuris emphyteuti & meliorationum tractatur. Neque eandem esse rationem venditionis & donationis, tum ex se perspicuum est, tum confirmatur *argu l.ult.C.de decur. præd.* ubi decuriones qui vendere prohibentur donare possunt: licet specialis ibi ratio sit, quod occurrere voluit constitutio casui à quo magis erat periculum, ne decuriones ad inopiam redacti non essent ferendo oneribus necessariis. Posset etiam constitutio *d l.3.* ita ad donationem accommodari, ut denuntiatione domino facta hic jus habeat offerendi iustum pretium, quod in locum juris emphyteutici, cui emphyteuta donatum voluit, accipiat: quæ consideratio etiam proponitur *à Ias. cit. loc.* Verum ne prolixius agã omnino probo Ias. qui rectissime & forte unus advertit, quod pr. quidem d.l.3. sit generale, quo prohibetur emphyteuta jus suum in alium transferre, hoc fine, ne domino inscio aut invito alius substituatur emphyteuta, & ille laudemio privetur: sed *vers.sed ne hac d.l 3.* esse specialem, & ad contractum venditionis tantum pertinere, quem si facere velit emphyteuta forma præscripta uti necesse habeat: cæteroquin in aliis casibus satis esse, si domino remse donare vel permutare velle significet, ut sc. novus emphyteuta voluntate & autoritate domini investiatur, & in possessionẽ inducatur, & domino laudemium solvatur. Hæc summa est eorum, quæ prolixe in hanc sententiam disputat Ias. & conveniunt etiam cum iis quæ *Sichar. in d.l.3. & alij Dd. communiter tradunt*, ipso fatente Ias. & testante quod controversia hæc Dd. magis in verbis quam in rebus consistat. Secundum quæ nihil obstat, quod aliqui ita futuram dicunt, ut domino nulla contra novum emphyteutam, cum quo nihil contraxit futura esset actio Etenim ab eo dum inducit in possessionem stipulari potest, quod etiam Iason respondet & cum emphyteusis transeat cum onere, rei vindicatione etiam contra quemcunq; emphyteutam domino satis est consultum: & aliàs idem incommodum fuerit, si domino emere nolente, alteri res vendatur, de quo v. etiam notata *à Ias. in l.2.C.h.t.col.55.vers. in eagl.pag.172.B.* Et hæc sententia omnino tenenda est, quicquid etiam opinetur Treutler, qui quoniam Dd. communiter pro diss. citat minus recte sentire videtur.

Hic quæritur.] Negat Tr. dominum directum cogi posse, ut vel ipse emat prædium, vel alteri vendere permittat. Huic sententiæ obstat jus regulare *in leg. 3. C. h. t.* quo permittitur emphyteutæ denuntiatione prius facta fundum venalem proscribere, & domino intra duos menses pretium non offerente nec jure suo utente, in alium libere & impune transferre. Neque videtur sufficiens specialitatis ratio desumi posse à persona nobilis: sive respectu domini directi sive rustici emphyteutæ, neque interesse domini, à quo accipiat pensionem, cui etiam honorificentius sit nobilem emphyteutam habere. Neque illud sufficere ad fundandam exceptionem potest, quod fortassis à nobili difficilior futura sit exactio: sicut nec illud, quod res dicitur non posse alienari in potentiorem: quod eo tantum pertinet ne alteri durior adversarius objiciatur. Nec quicquã apud Jason. cit. reperio, nisi quod *in l. 3. C. h. t. col.* 8. ex illa ipsa lege notat, non posse emphyteusin vendi personis prohibis: ne quicquam facit l. milites. C. locati quæ à conductione prædiorum milites arcet.

LIT. F.

Sed bene oppignorare.] Communis hæc sententia est teste Jas. *in d. l. 3. C. h. t.* nisi quod aliquorũ hanc sententiam refert, emphyteutam debere & hoc denuntiare domino, ut hic potius rem accipiat pignori, si summam pecuniæ emphyteutæ mutuo dare velit. Cæterum nullum infertur iniqua conditio domini, nec quicquam fit contra *l. 3. C. h. t.* quoniam emphyteuta non solvente creditor rem distracturus, perinde ac si ipse emphyteuta venderet domino hoc denuntiare debet.

LIT. G.

Condictionem ex lege.] Breviter hanc quæstionẽ attingit *Ias. in l. 1. C. h. t. col. 15. in fi.* ubi refert & sequitur communem hanc opinionem, quod nascatur conductio ex l. Zenon. hoc præcipue fundamento, quod contractus ille citra constitutionem illam non fuerit per se validus satis ad producendam actionem. Sed magis est ut falsum sit, & quod ante Zenon. competierit actio locati vel venditi, quæ postea distincto non noviter introducto contractu, ipsa quoque distincta & propria actio esse cœperit: cum præsertim, quod Dd. admittunt hic contractus sit nominatus, & condictio speciale actionis genus, quæ huic contractui consensu constanti & varias præstationes utrinque habendi, non recte videatur accommodari. Accedit, quod lege Zenon. ut supra probatum, nova obligatio introducta non est, quã requirit cõductio ex lege *l. 1. de cond. ex leg.* Et quorundam Dd. sententiam, qui actioni ex cõtractu proprio hic locũ faciunt, citato loc. refert Jason.

Nec Emphyteusi] Etiam ubi tempore aut ex pacto in generatione certa & ita sine culpa emphyteutæ ius ipsius finitũ est, meliorationes ad dominum pertinere affirmat. Contraria sententia communis est teste *Clar. in §. emphyteusis q. 45.* Distinxerim inter meliorationes præcise necessarias, quæ partem rei faciunt & ab ea sunt inseparabiles, puta inculturam & curam rei factæ: in quibus procedit ratio Fachin. pro domino quod cum emphyteusis sub lege meliorationis detur, impensæ ex natura contractus veniant: inter eas, quæ possunt superari, velut si fundo ædes imposuerit: in quibus falsa estimatio Fach. qui tamen de his etiam quærit, atque cum eo Tr. errat. Idque vel maxime obtinebit, si pensio fructibus sit proportionata.

Nec tenetur dominus.] Hoc in casu privationis ob culpam emphyteutæ omnes admittunt: sed in casu à Tr. proposito plerique existimare videtur, quod teneatur dominus si rẽ alii in emphyteusin concedere velit, eam proximo cognato prioris emphyteutæ, ut loquuntur, refirmare. Sed ex revera inanis iste æquitatis prætextus, neque ulla actio aut obligatio, qua dominus adstringi possit: cum huic fini terminus adiectus sit, ut res ad dominum revertatur, qui iure suo cui vult beneficium dare potest. Tandẽ libet quærere quis sit effectus pacti inter dominum & emphyteutã, de non expellendo. Et ex sententia Dd. aut est speciale de casu cessationis & non potest expelli per *not. Ias. in l. 2. C. h. t. col. 39. pag.* 168. quod Cyn. contra modernos quosdam, ut loquitur, *in d. l. 3. n. 9.* ait esse verum sicut Evangelium: aut generale, & eo nõ obstante ob cessationem expelli posse statuunt *Ias. post Cyn. Salicet. & alios d. l. 2. colum. 8. vers. 8. principaliter.* Cui obstat quod ita pactũ hoc nihil videtur operari, cum alias solvens non possit expelli, ex qua causa *Ias. in l. 3. C. h. t. col. 2. post Dd.* communiter statuit pacto adjecto, ut liceat alienare cui voluerit, posse hoc emphyteutam facere non requisito domino. Nisi dixeris, operari hoc pactum in casu deteriorationis vel citra denuntiationem factæ venditionis: siquidẽ quod de pœna non opponenda in casu cessationis dicitur *in d. l. 2.* aliter accipi nõ posse videtur, quam de stipulatione pœnali de expellendo, inter emphyteutam & dominum inter posita: & est illa

illa causa privationis ob non solutum canonem cæteris grauior, quod præsumitur domino jus suum intervertere velle. Cæterū parum facit pro Dd.l.54.§.1. locati, ubi etiam promissa pœna tamen colonus non solvens mercedem expelli potest. Etenim locator conductorē etiam intēpestiue turbare & prohibere de facto potest, in quē casum committitur pœna, cum alias nuda actio ex conducto daretur ad interesse, in cuius quasi locum succedit pœna *arr. §.ult.l.de V.O.* sed potentius ius est emphyteutæ, reale scilicet & domino propinquum.

Ad
DISPUTATIO XXX.
DE PRÆSCRIPTIS VERBIS.
THESIS I.
LIT. B.



Cessantibus vulgaribus actionibus.] Causa ejus quod sequitur non est qualitas actionis, quod verba Tr. præ se ferunt, sed negotii, quod nomine cum careat, & tamen æquitas actionem dari suadeat, ea in factum appellatur. Neque dissimiliter offendit aut confuse agit lit.C ubi inconsideranter actione in factum comprehendi ait omnes cōtractus innominatos. Illud liquidum est, quod actio in factum latius pateat, quam actio quæ ex contractibus innominatis datur: & potest ea distingui, quod alia sit quasi ordinaria, velut quæ descendit excontractibus innominatis: alia extraordinaria & subsidiaria, quæ actione alia deficiente ex mera æquitate accommodatur: quæ itidem varia est, vel quia casus legis & verba casui alicui accommodari non possunt, cujusmodi exemplum est *in §.ult.Institut. d. L. Aquil.* vel quia qualitas personæ ordinariam actionem excludit, qualis est actio in factum ex causa doli à patre vel patrono commissi *l.11. de dol.mal.* Rursus alia est subsidiaria actioni personali, alia reali, ut in specie *l.23 §.5 in fin.de rei vind.* Et deniq; alia est civilis alia prætoria, prout aut actionibus ex L. vel edicto prætoris introductis subsidiaria est. Ex quo possit videri errasse Treuler. lit D. ubi actionem in factum accommodatam L. Aquil. prætoriam esse dicit: (ubi etiam incongrua locutio, quædam sunt prætoriç, ut actio in factū, &c. omniaque fere prætorum edicta) nisi quis existimet etiam has actiones in factum quæ actionibus civilibus subsidiariæ sunt, prætorias esse, appellandas: quod tamen fatendum erit, non eod. modo fieri aut dici, quo actiones quæ subsidiantur prætoriis, in factum esse dicuntur. His consequens est tripliciter peccare Tr. *d.lit.D.* 1. dum actionem civilem in factum de qua *in l.5. d. præscr. verb* sub idemproximum genus actionem in factum refert cum actionibus in factum prætoriis subsidiariis, quarum species *in §. ult. Instit. ad L. Aqu.* quoniam illæ ordinariæ sunt ex negotio civili descendentes, ut docet Ulpian.*in l.7.§.2.d.pdct.* & ideo tantum in factum apellantur, quod alio proprio nomine sunt destitutæ. 2. quod actionem in factum simplicem speciem facit actionum in factum civilium, cum tamen etiam actio in factum prætoria recte simplex appelletur: siquidem ipse Tr. actionem simplicem in factum opponit actioni in factum præscriptis verbis: cui etiam actionem in factum prætoriam opponi plusquam perspicuum est. 3. quod actio in factum præscriptis verbis, opponitur actioni præscriptis verbis tantum: etenim utique hæc una eademque actionis in factum species est. Ubi tamen illud observandum, quod actio præscriptis verbis duplex videtur, altera quæ ex quatuor illis articulis sive speciebus contractuum innominatorum, de quibus *in l.5.h.t.* descendit, altera quæ ex variis negotiis, quæ sub quatuor illas species commode referri non possunt, oritur, quod textus passim sub hoc tit. ostendunt. Notandum & hoc, quod actio in factum aliquando quamcunque actionem utilem, quæ non ex verbis legis sed ex interpretatione est, designat, ut ea ipsa tamen actioni in factum mere scilicet subsidiariæ, deficiente etiam interpretatione, opponatur, quod in materia L. Aquil. contigit *arg.§.ult Inst.d. L. Aquil. & l. 9 in pr. D.eod. iuxta notat. supr. disp.18.th.12. lit. A. & seqq.* & eadem actio diverso respectu utilis & directa vocari potest: velut publiciana respectu civilis vindicationis, utilis, respectu edicti prætoris ex cujus descendit, directa est, & aliam utilem publicianam habet: quod etiam in specie actionis quasi Servianæ contingit.

THESIS II.
LIT. A. & B.

Quod ideo fit] Sequitur hinc, præter has actiones duas, ex permutatione & æstimatoriam, reliquas omnes quæ ex innominatis contractibus descendunt, actiones stricti juris esse, quæ etiam communis Dd. sententia est, eo quod illarum duarum actionum tantum men-

mentio fit *in §. Actionum Institut. de action.* Verum id ideo factum videri possit, quod istæ quæ actiones quodam modo nominatæ sunt, de quo actionum genere tantum *in d. §.* tractatur. Et *Ias. in l. 1. col. 2. de æstimat. action.* nullam aliam differentiæ rationem afferre potest, quam quod contractus ille æstimatorius & permutatio similes sint emtioni. Verum hoc idem de contractu do ut facias, vel facio ut des, aut facio ut facias, propter affinitatem quam cum locatione vel mandato habent, affirmari possit: ex quo non pauci emphyteusin, licet in *d. §.* non relatū, propterea quod emtioni aut conductioni affinis est, bonæ fidei esse defendunt. Illud lit. B. quod æstimatoria qualitatem principaliter designet adjectam actioni præscriptis verbis, perspicuum est, quod simpliciter citra ullam elegantiam proponit *cit. Ias. in l. 1 h. t.* Quæ traduntur lit. C. & D. facilia sunt & proponuntur *in l. 1. & 1. d. æstimat. action.* quoniam æstimatio adiecta, facit, ut nec interveniente mercede locatio videri possit: quod procul dubio secus fuerit, si sub nulla certa æstimatione res vendenda data fuerit.

Lit. E.

Ergo periculum.] Ubi res æstimata vendenda data est, omnino affirmandum ait in eum transisse periculum qui æstimatam accepit, subiici nos tamen adhibendam esse distinctionem Vlpiani *in l. 17 §. 1. hoc tit.* Et ergo cum distinguat, non omnino affirmat, imo cum frequentius principium contractus ab eo cuius res est, proficiscatur, frequentius, ad eum qui rem æstimatam dedit periculum pertinebit. Etenim quod ex verbis Tr. & in cōtrarium allegatis apparet, distinctionem Ulpian. tanquam primam huic quæstioni accommodat, ut quomodocunque res æstimata data sit, si modo contractui ipse dominus causam dederit, ipsius non accipientis sit periculum. Quod non videtur satis convenire generalitati text. *in dict. l. 1. §. 1. d. æstimat. action.* ubi simpliciter æstimationis factæ sub hac qualitate, ut vel res incorrupta reddatur vel pretium restituatur, hic effectus proponitur, quod periculum sit accipientis, idque convenit traditis ab ipso Treutl. lit. E. & F. Et igitur videndum, an non quæ *dict. leg. 17 § 1. d. præscript. verb.* traditur non distinctio prima, sed subdistinctio habēda sit. Et Wesemb. quidem in paratit. l. d. æstimat. action. interesse ait, an æstimatio fuerit definita nec ne, cui posteriori casui accommodat distinctionem *d. l. 17. § 1.* Sed quia non statuto certo pretio æstimatio vere facta dici non potest, nec res æstimata data, ideo magis puto cum Dd. primo distinguendum esse, an æstimatio facta sit, ut loquuntur, propter ipsam rem, id est ut quasi cōditionalis inter dantem & accipientem contracta sit emtio, ut hic vel rem ipsam vel pretium taxatum restituere possit, an ei fini tantum æstimatio adiecta, ut sciret accipiens, quanti rem vendere deberet, qua conditione & pacto frequentissime propolis res vendendæ dari solent. Illo casu, simpliciter periculum esse accipientis, hoc autem adhibendam distinctionem *Vlpian. ex l. 17. §. 1.* an à dante, an accipiente cæperit contractus. Quæ sententia est *Bart. in l. 1. §. 1. d. æstimat. action. & Iason. ibid. col. 3. & in § actionum instit. d. action. nu. 79.* quibus locis plures allegat & hanc sententiam communē testatur, quam etiam sequitur *Costal. in d. l. 1.* eiq; accommodanda est distinctio *d. l. 17. h. tit.* Neque obstant eius loci verba, *ut aut pretium afferres, aut rem ipsam restitueres*: quoniam ex illis non recte aut necessario infertur, ita conventum fuisse & hoc actum, ut æstimatio redderetur ab accipiente: siquidem huic conventioni etiam isto casu locus esse potest, ubi ea gratia, ut sciretur, quanti res vendi deberet, æstimatio dicta fuit.

Lit. F.

Alia hic quæstio proponitur, si res vendita pluris fuerit, ad quem illud lucrum pertinere debeat. Et Tr. ex conventione accipienti hoc tribuit, si tamen & huius periculum sit. Verum rationis est, ut etiamsi periculum eius non sit, tamen ex conventione, quasi pro compensatione operæ pollicitæ, ad eum lucrum hoc spectet. Cæterum illud quæri oportet, quid in dubio extra casum conventionis sit respondendum. Et puto hoc decidendum ex distinctione præmissa, ut siquidem venditio contracta est, & propter rem ipsam æstimatio facta, lucrum sit accipientis: alioquin in altero casu sit dantis, nisi hoc actū sit ut res accipientis periculo sit: quæ videtur sententia *Iason. in l. 1. d. æstim. action.*

Lit. G.

Connexa quæstio est, an qui rem accipit, ipse existimationem præstare & rem sibi retinere possit. Quam ead. distinctione expediendam arbitror, ut priori casu possit posteriori non possit: & contra Tr. adeo ex distinctione *l. 17.* hoc expediri posse non puto: quoniam utcunque causa & initium contractus procedat a dante, si tamen ei fini tantum, ut sciretur quanti res vendi deberet, existimata sit, ab accipiente æstimationem.

nem utcunque præstare velit, retineri rem posse non existimo. sicut ex adverso, licet initium processerit ab accipiente, si tamen æstimatione quasi venditio contractus sit ius retinendi rem illum habere defendam. Neque ex eo quod periculum accipientis est rem eum sibi ratione posse consequitur: quoniam periculum duplici causa ad eũ pertinere dicendum est, vel quia initium contractui dedit, ut res sibi vendenda detur, alterum rogavit, vel quod æstimatione propter rem ipsam dicta emtionem quandam contraxisse videtur. Neque obstat, quod si emtio contracta esset ipsius arbitrio, non esset rem restituere, quod ipsi tamen permittitur *in l.1.§.1.d. æstimat. action.* quia respondeo non esse simplicem & absolutam emtionem, sed quasi claudicantem sub tacita conditione si accipiens volet, quam ipsa conventio de re alteri vendenda necessario secum trahit.

THESIS III.

Agitur hic th. de permutatione, quæ lit B. non satis commode emtionis vicem obtinere, rectius lit C. emtioni vicina dicitur, vel potius emtio vicina permutationi, quia ut docet *ICtus in l.1 d. contrah. emt.* ex permutatione originem quodammodo traxit, & huius difficultas, quam *in d.l 1* exponit ICtus huic causam dedit, ut invento nummo expeditiora rerum commercia & commutationes essent: quo respexit Arist. 5. Ethic. ubi eleganter nummum sponsorem futuræ indigentiæ appellat, quoniam qui pro re data nummum accipit, securus fit, quod eod. nummo rem aliã sibi necessariã accipere & cõsequi possit.

Lit. D.

Ideo etiam in eo.] Quod hic proponitur de conditione usu capiendi ex causa permutationis, id permutationi non cum emtione tantum, sed cum omnibus titulis ad transferendum dominium habilibus, commune est, veluti dote, donatione, legato, datione in solutum, ex quibus aut recta dominium aut ius usucapiendi transferri expeditum est.

Evictioq; & ratihabitio] Quod de evictione tradit satis intelligo, de quo mox pluribus agemus, & non recte hac in re venditionem & permutationem comparari ostendemus: sed quam nam ratihabitationem hic intelligat, nec ex allegatis colligi potest, nec ego divinatione aut coniectura assequi possum.

Differt tamen in multis.] Incipit proponere differentias permutationis & emtionis, & primam in hæc verba: in emtione cogitur emtor numos facere venditoris, & venditor rem venditam tradere: in permutatione dominium utrinque trãsferri oportet, cum constitui ibi non possit, quod pretium sit quid merx. Hactenus Tr. Et illud de præstatione emtoris liquidũ est, cuius ratio reddita est *ad disput. 28.* sed illa minus recta opposito. facere accipientis, & tradere: quoniam etiam ex causa legati donationis &c. tradere oportet, ubi tamen dominium transferri necesse est: ideoque inter causas tradendi distingui oportet: & speciale hoc in venditione, ut satis sit præstare habere licere utcunque res proponatur esse aliena *l 30 § 1. d. act. emt. l. 1 in princip. d. rer. permutat.* Amplius ratio in altera parte allata, cur in permutatione utrinque transferri debeat dominiũ, *quoniam non appareat quid pretium quid merx sit,* non concludit, sive alterutrum loco mercis aut pretii haberi dicas, sive utrumque loco mercis: quo posteriori posito dominium transferendum non esse sequeretur, ex verbis Paul *in l. 1. d. rer. permut. inf. pr.* ibi, *si merx neutrius.* secundum quę disputant citati Iason, Conan. & Wesembec. quos quamobrem inter diff. referat, non satis intelligo. Et igitur ex verbis Treutler. differentia ista non adstruitur. Plane quod recte observat *Iason. in d. l. 1. in princip.* verba ICti Paul. satis obscura ita accipienda sunt, ut utrumq; quod hinc inde datur pretii vicem obtinere velit ICtus, ad hunc scil. effectum, ut inferat, (quod toto ista tractatio *d l. 1.* ostendit,) utrinq; dominium trãsferendum esse, nec satisfacere obligationi suæ qui rem alienam permutationis causa dedit. Et ut paulo plenius hoc explicemus, necessum est, ut utrumque quod datum est, vel mercis rationem habeat, vel pretii vel alterutrius. Posterius improbat ICtus *in f pr.* quod ratio non patiatur ut una eademque res quasi sui ipsius pretium sit, quoniam cum utraq; res species sive corpus sit, dici non potest aut constitui, ultra potius pretij vicem debeat obtinere. Prius etiã improbandũ videtur, quod si tantum rerum citra consideratiõnẽ æstimationis alicuius ratio haberetur, nihil impediret, quo minus etiam res pretiosa pro quantumque vili recte permutaretur. Relinquitur igitur tertium illud, ut utraq; res pretii loco sit, quod res permutata altera alteram quodam modo videatur æstimare, ita, ut altera alterius quasi pretium esse videatur. Ex his infertur ad differẽtiam quinto loco *in f h. th.* propositam, ad illam sc. quæstionẽ an re aliena data contrahatur permutatio: quod Treutler. ubi in medio relin-

quit, & visurum se ait, quid pro utraque parte probabiliter dici possit: & consequenter destruit quod sub prima differentia dixerat in permutatione utrinque dominium transferri oportere. Et hæc sententia verior est, quæ etiam convenit iis, quæ à Cujac. quem rursus sibi contrarius Tr. extremo th. se profitetur sequi tradita sunt *lib* 22. *observ*: 28. ubi non distinguit, sed simpliciter statuit, ubi res aliena data est, non agi præscriptis verbis ex contractu do vt des, sed id quod datum est condici: quæ verba necessario inferunt, cum qui rem alienam dedit, non contrahere permutationem: quod etiam traditur *in § pen. l. 1. d. rer. permut.* & confirmatur *ex §. 1. & ult. d. l. 1. & ex l. 1. in. f. C. eod.* ubi dicitur, si res non fuerit venalis, velut in permutatione proprie dicta, re evicta agi posse in id, vt res reddatur quæ data fuit, quoniam vt recte *Wesemb. in paratit. hic perinde est*, ac si nihil datum fuisset, cum hæc sit præstatio permutationis, vt dominium transferatur: cum quo convenit; *dict. l. ex 1 §. ult d. rer. permut.* ubi dicitur non in hoc agi quod interest nostra rem accepisse, sed condictioni locum esse vt res contra reddatur quasi re non sequuta. Neque displicet tamen quod Accurs. *in dict. §. ultim.* subaudit particulam, *tantum*, quod etiam probat *Pac. ad rubr. Cod d. condict. ob caus. numer.* 4. *& Gilbert. Reg. lib. 2. contri cap.* 10. quia *dict. l. prima in f. Cod. d. rer. permutat*, electionem concedit & *in l* 1. §. 1. *D. eod.* re evicta in factum actionẽ dandam respondetur, quod de condictione explicare durum videatur. Neque citra injuriam hoc videatur negari posse ei, qui ex parte sua contractum implevit eique satis fecit: & si qui rem dedit, re plane & nunquam sequuta nec de facto quidem, electionem habet, aut ad interesse agendi, aut rem à se datam condicendi: neque re postea evicta, vbi ad eundem statum in quo antequam quicquam daretur, erat, res reducta est, electio neganda videtur. Neque possis hinc sumere differentiæ rationem, quod res evicta amplius dari non potest: quoniam actio præscriptis verbis quæ re nondum data competit, non tam ad rem dandam quam potius ad interesse directa est *l. 5. §1 d praescr. verb.* Et videri possit ICtus *in d. §. ult.* respexit ad naturam emtionis ex cuius causa re evicta nunquam ad restituendum pretium sed tãtum ad id quod interest actio ex emto comparata est: eoque caute & cum mica salis accipienda hæc lit. *in prin. emtionis & permutationis in causam rei evicta comparatio.* Porro vt explicationi *d. §. ult. l. 1. d. rer permutat.* hoc addamus, est quidem Heideccius qui in disputatione scripta *ad l. 5. t. h. illum §. explic. th. 9.* quod in permutatione utraque ex parte sit locus pœnitentiæ, vt non tantum qui rem dedit, condicere possit, sed etiamsi hic ad interesse agat, reddere quod accepit, & ita evitare condemnationem possit. Verum hæc sententia nec satis convenit *d. §. ult* & per se falsa est: quæ enim ratio condictionis concedendæ est, ei qui dedit, tum à mora & culpa alterius, tum conventione tacita quæ dationi inest, vt re non præstita liceat condicere quod datum est, omnino cessat ex parte accipientis: & qui rem accipiendo ad datum vel faciendum se obligavit, facultatem rem reddendæ amplius habere non debet: & quod pœnitentiæ in contractibus innominatis esse locus dicitur, vel cessationis, vel pœnitentiæ rem repetere possit pertinere intelligendum est. Reliquæ differentiæ hac lit propositæ satis perspicuæ sunt, sed quarta parum subtilis: quia emtio perficitur nudo consensu, quem sequitur traditio sed permutatio nõ nisi traditione rei constituitur, quæ cum ei fini, vt aliquid detur fiat, non possit accipiens dandũ ad obligari, nisi res data in ipsum translata esset: sed emtoriam ex conventione præcedente ad pretium præstandum obligatus fuit, non vero ex traditione demum ad id obligatur.

THESIS IV.

Contractus innominatus.] Dissensisse hinc ait Coras. sed postea mutasse, idque monere ait Gothof. sed decebat, nimium, cum Coras. in omnium passim sit manibus propria non aliena fide hoc proponere. Et ille scil. in extremo *ca.* 15. hoc arg probari posse solide putat quod hic proponit Treu. quod permutatio idem sit quod contractus do vt des. Quæ tamen ratio nodum expedire mihi non videtur, quia adhuc quæritur, quare ille contractus, qui do vt des dicitur, cum permutationis nomine veniat, non sit contractus nominatus. Ratio Vulteij quam acutam appellat Tr. quod permutatio sit nomen ex usu & de facto, non ex jure: neque concludes videtur, q̃ satis sit adesse nomen, & alia fortiori ratione ad confirmationem sui indigeret; quoniam cum in toto jure à ICtis hoc nomẽ usurpetur quare non ex jure dici possit, animadvertere equidem non possum; Communis hæc ratio quam ibid. attingit Vult. reddi solet, quod nomen hoc sit omnino generale, & omnibus quatuor articulis, quin & quibusdam nominatis contractib. conveniens,

quam etiam probat *Scip. Gent. lib. 3. d. Iurisd. cap.* 32. ubi addit quod ead. de causa à Dd. mutua vocetur delictum innominatum; quia omnibus delictis interveniat, & ita *post gloss. Bart. in l. 7. d. act. in princip.* permutatio, inquit, est nomen generis subalterni, habere autem nomen generis generalissimi, aut subalterni, non est vere habere nonmen. Vidi qui hanc rationem afferret, quod permutatio fuerit contractus antiquissimus, & ideo innominatus, quod si eo tempore fuisset aliquis nominatus permutatio vetustissimus contractus non fuisset. Verum nos hic de contractibus nominatis vel innominatis ex jure civili disputamus, & rationi isti captatio & cavillatio in verbo, *vetustissimus* inest: quoniam talem contractum appellamus permutationem, quatenus emtioni vel aliis contractibus opponitur, minime autem hoc sensu, ut omnem cuiuscunque contractus cum permutatione concursum, excludemus. Existimo quod permutatio proprie loquendo significet mutuam ipsarum rerum mutationem & translationem, adeoque modum magis acquirendi dominii, quo sensu contractus appellari nequit: sed usu receptum fuit, vt contractus ille do vt des permutatio etiam diceretur, & hoc per quandam abusionem, quatenus contractus ille ad permutationem directus est, cum præsertim ex illo contractu do vt des, non vicissim dandam, sed tantum ad interesse agatur *l. 5. §. 1. d. præscript. verb.* adeoque cum permutatio in proprio significatu permutatio talis quo sensu contractus do vt des ita vocati solet, non sit, sed illud nomen per abusionem quandam contractui illi innominato accommodatum sit, apparet quæstionis supra propositæ facilis decisio, quin imo frivolam istam quæstionem esse consequitur, quod eiusmodi re quæ revera contractus non est, non nisi jeiune quæratur, an sit contractus innominatus.

L I T. B.

Re & consensu constans.] Ita quidem etiã definit Vulteius, sed aut ego valde fallor, aut valde insubtiliter, licet in eandem sententiam *Vvesemb. in paratil. hic n. ult.* dicat consensum hujus contractus esse partem: Etenim constat in usu juris eos contractus consensu constare dici, qui ad sui perfectionem non nisi consensum desiderant, quæ contractuum distinctio passim tradita servanda est, nec species istæ, re & verbis constare, inter se confundendæ sunt, cum ipsæ ICtus hoc nomine permutationem emptioni opponat; quod hæc consensu perficiatur, illa traditione rei initium & essentiam sumat, quod ipse Tr. proponit *th. praced. lit. D.* & alias pignus mutuum, commodatum, depositum eod. mod. definienda essent.

L I T. C. & D.

Quod lit. C. de distinctione permutationis & contractus ut des proponitur, examinabimus sub *th. 6.* Illud autem in vitio, quod ex differentia definitioni adjecta, qua species cum specie commutari dicitur, lit. D. infert an sanctionem Juris Can. qua spiritualia cum tẽporalibus, præbenda cum præbendis permutari non posse traditũ est *cap. 5. 7. & ult. extr. d. rer. permut.* Etenim & præbendatum singulæ species sunt, & ita sequeretur, quod in contractum do ut des recte ita deducerentur: quod perspicue falsum, & dd. text. contrarium est, quorum ea ratio, tum quod spiritualia à temporalibus toto genere & omnino diversa sunt, tum quod omnis ista permutandi ratio incidit in suspicionem & crimen simoniæ, cum præsertim præbendarii non domini & proprietarij sint sed nudi fructuarij & hinc *in d. c. 7.* qui præbendam permutavit, tanquam qui rem illicitam fecerit beneficii privatione punitur.

Species cum specie commutatur.] Hoc quoque recte se non habet, sed dicendum est, quod species permutandi causa detur, quod alias permutationem contractum non esse sequeretur: equidem ut paulo ante dictum, permutatio mutuam rerum hinc inde dationem designare potest, sed hoc modo accepta contractus esse non potest.

THESIS V.

Quæstio hac th. proposita, ubi & res & pecunia intervenit, qualis contractus habendus, sit, integram thesin non merebatur. In ea autem primas partes voluntari & verbis contrahentiũ tribuendas esse statuit Tr. cui non obstat, quod cũ contractus singuli propriam essentiam habeant, ea ex partium arbitrio pendere non videatur: quia hoc obtinet, ubi nihil est quo voluntas illa partium sustineatur, hic autem de duplici contractu negotium participare ponimus. Quod tamen ego ita limitaverim, nisi res à pretio, vel vice versa longe superetur: quo casu ex eo quod prævalet & excedit, contractum potius denominandum esse dixerim *ex l. cum te 6. C. de pact. int. empt* ubi cum res alterius rei contemplatione exiguo pretio trãslata proponatur (quod Germ. dici solet etwas zugeben) pro permutatione habendũ ex actione ibi proposita, videl. condictione, apparet, quod in casu emtionis locus est *l. 14.*

C. d. re-

C.d.rescind.vend. & ita ubi pretium accessio rei est, permutationẽ, ubi res est accessio pretii, emptionẽ esse statuemus. Quod si omnia sint æqualia, quem tamen casum esse rariorem oportet, alia quæstio est, an permutatio an emtio contracta censeri debeat. Et Tr. in priorem partem inclinat cum *Bart. in l.1 in f. D.d.rer.permut.* Ego magis dixerim esse habendum emptionem, ex præsumpta voluntate contrahentium, qui censentur eligere voluisse modum contrahendi frequentiorem perfectiorem, & firmiorem: talis a. est emptio: & si permutationem dixeris, siquidem in terminis conventionis subsistentem, inutilis & sine effectu foret, sed & re tradita pœnitere, rem datam condicere, & tantum ad interesse agere liceret; vide de hac quæstione præter allegat. à Tr. *Pinel. ad rubr. C.d.resc.vend p.2.c.2.n.1. & seq. Conan. lib 7. comment. c.5.n 3.* Cur autem hoc genus contractus apud gentes Septentrionales potius frequentissimum esse dicat, non satis animadverto, neque ille huius rei rationem ullam affert aut probationem. Verbi quoque, *baraptum*, quo hunc contractum appellari ait, apud autores citatos mentionem fieri nõ video: & est alias barateria Italicis Dd. delicti genus, quo se iudices obstringere solent. *teste Clar.§ fi.q.73.in pr.*

THESIS VI.

LIT. A.

Sequuntur, inquit Treutl. reliquorum contractuum innominatorum species: adeoq; cum his demum subiiciat contractum do ut des, & de utraque specie separatim disserat, sequitur quod permutationem & contractum do ut des pro diversis habeat cõtractib. cum & *th.4.lit.C.* distinctionem Dd. non obscure probet. & *th.7.lit.B.* illos improbet, qui differre eos negant, ex quorũ numero etiam sunt *Coras.2.misc.15.& Vaud.lib.1. q.25.* Hæc sane uno loco proponenda erant. Sed paulo latius de differentia horum contractuum, & an iure defendatur videamus. Rationes sive modos distinguendi à variis tres afferri video. Prima est quæ Dd. vulgo adscribitur etiam à Tr. *th.4.* quod permutatio sit ubi species pro specie datur, contractus do ut des, ubi genus pro genere vel genus pro specie datur. Rationem assignat *Ias. in l.2. de reb.cred.* quod particula, *per* significet perfectam mutationẽ, quæ in speciebus proprie contingat: ꝙ merito improbat *Coras. 2. miscell. 15.* Video autẽ non uno modo hanc differentiam explicari: quod alii eã ita accipiunt, ut in permutationẽ veniant species duę eiusdẽ generis, in contractum autem do ut des, etiã diversorum generũ: ita *Vulteius 1 Iurispr. Rom. c.41. n.14 & Vaud. 1.q 25.* Sed *Coras. 2. misc. 15.* in hac distinctione genus explicat de re fungibili pondere vel mensura constante: quod videtur convenire iis quæ tradit *Ias. in d.l.2. de reb.cred. & in § actionum. 28. Inst.d.action. n.91.* & quod constat alias verbum generis à Dd. accipi pro eiusmodi re in qua mutuum consistit. Sed neq; Jas. *dd.loc.* præcise in hac quęstione verbum *generis* ita restringere videtur, & verior est explicatio, quam suppeditat *gloss. in l. 1. in f. C.d rer.permut* ubi docet permutationẽ esse ubi species certa cum certa specie, id est, individuum cum individuo cõmutatur: sed contractũ do ut des, ubi simpliciter species incerta pro incerta, vel incerta pro certa, vel certa pro incerta datur; quæ etiam videtur sententia *Bartol. in l. 1.d.rer permut. num 2.* sicut & eam gloss. simpliciter refert & sequitur *Cyn. in l.1.C d.rer.permut. in f. & Salicet. ibi in f.* eam gloss ab omnibus teneri ait. Verum hic primo occurrit, quod cum cõtractus do ut des & cõstituatur & perficiatur rei traditione, pactum autem de dando hic inutile & ad actionem producendam inefficax sit *l.3. C. d.rer. permut.* consequitur speciem incertam revera & proprie loquendo in hunc cõtractum venire nõ posse, atque adeo tantum in tertio membro, ubi species certa pro incerta datur sententiæ Dd. esse locum: licet etiam vix quisquam speciem certã, pro incerta sit traditurus. Sed & absque hoc distinctionis istius quomodocunq; explicatæ ratio, plane arbitraria est, quæ nec colore ullo defendi possit, & refutatur *ex l.1.d.contrahend.empt. iuncta l.5.§ primo d.præscript.verb. & §.2. Institut. d.empt.* quibus locis & aliis simpliciter emtio opponitur permutationi & sola hæc distinctio traditur, quod in illa pecunia numerata intervenit: neque minus commentitium est, quod alii permutationem modo in genere modo in specie accipi respondet: facit quod *in d.l.5 §.1.* contractus do ut des dicitur, ubi Scypi. & hi utique certi, dantur pro Sticho in individuo, sicut & *in d.l.1 d. contrahend.emtp.* in permutatione vinum intervenit: ut proinde recte animadvertit *Cyn. in d l.1. in f Cod d.rer.permutat.* distinctionem à gloss. traditam textibus iuris non probari. Secunda differentia traditur à quibusdam, si præcedat cõventio de dando, esse permutationem, si recta à traditione incipiatur, esse cõtractum do ut des. Sed vel ex hoc refutatur, quod & permutationi non minus proprium est re contrahi *l. prima. §. primo d.rer.*

d rer permutat. eoque conventio præcedens, quæ nulla necessitate adstringit partes ad corū essentiam variandam extra quam plane constituta est, nihil operari potest: & textibus paulo ante citat: hæc quoque sententia refutatur & amplius hoc argumento. Si in hoc essentialis horum contractuum differentia consistit, sequitur contractum do ut des conventionē de damno præcedere non posse: sed consequens est falsum, quia reliquos articulos conventio præcedere potest, ergo & contractum do ut des: quoniam inter hos, hac in re nulla differentiæ ratio dari aut cogitari potest. Antecedens probatur, quod cum in reliquis articulis nullus alius sit cōtractus, in quam præcedente conventione negotium transeat, necessario efficitur, negotium istud in nomine & terminis contractus do ut facias, &c. subsistere: quinimo in cōtractu facio ut des & facio ut facias apparet omnino prius de faciendo agi oportere, quod alias ex facto alterius alter obligari non posset. Tertiam denique differentiam affert *Anton. Fab. 6, coniect. c. 9.* quod contractus do ut des sit permutationis principium neq; ullam esse aut intelligi permutationem, nisi ubi utrinque res data est, & ita permutationē esse contractum do quia dedisti. Verum ista quam Anton. Fab. subtilem esse putat, cæteris crassior & insulsior est differentia, qua admissa permutationem contractū non esse necessario efficitur: quod ubi utrinque res data est utpote contractu ita & perfecto & impleto nulla amplius actioni ad id de quo convenit præstandum, quod de essentia omnis contractus est, locus esse potest. Sæpe quidē evenit, ut partibus ultro conventioni satisfacientibus actio necessaria non sit: verum omnem conventionem & contractum eius naturæ esse oportet, ut pars satisfacere conventis nolens, judicio instituto conveniri, vel ad ipsum quod in contractum deductum est, vel aliud in ejus locum succedens, possit: quod in permutatione Fabrili locum invenire nequit: sed & in terminis rei utrinque datæ, pœnitentiæ, quam omnes contractus innominati admittunt, locus esse nequeat. Et frustra affertur, quandoque etiam hic dari actionem, si res ab altera parte data evicta sit: Etenim 1. hoc idem obtinet in contractu do ut des, si ab altera parte re data fuerit impletus, quo facto sequetur contractum hunc do ut des in permutationem commutari, quod plane absurdum est. 2. jam ante dictum est, ut contractus esse & dici possit, oportere actionem dari ad id de quo convenit quod actione de evictione minime continetur. 3. hoc fit ex accidenti & non nisi ubi res aliena ab altera parte intervenit: adeoque ridiculum hoc eveniet, ut dum demum permutatio sit contractus, ubi res aliena data fuit: quo casu non recte contrahi permutationem supra ostensum est. His ergo differentiis explosis, vera hæc probatur sententia, quod aut permutatio sumitur pro mutua dominii translatione, aut pro modo acquirendæ obligationis: illa acceptione nullo modo contractus, hac nihil aliquid est quam contractus do ut des: quod etiam textus ante citati probant *ex l. 1. de contrah. emtion. leg. 5. §. 1. hoc tit. § . 2. Institut. d. contrah. emtion.* quibus & aliis locis permutatio tantum emtioni opponitur, & non nisi de horum contractuum differentia disceptatur, neque à supina incuria excusari possint ICti, si differentiam, si quam subesse putabant, inter permutationem & contractum do ut des in disputatione ista dissimulassent. Sed duo obiiciuntur. 1. quod permutationi specialis attributus sit titulus. 2. quia actio ex permutatione competens sit bonæ fidei, §. actionum I. d. action & receptum est, actiones ex quatuor illis articulis descendentes stricti iuris esse. Sed responsio facilis est: & ad primum, nihil absurdi esse, si de specie aliqua nobiliori separatim tractetur, & cum generalis titulus subiiceretur necessario in eo de hac quoque specie agendum fuit. Quod ad alterum attinet, iam ad thes. 2. Lit A. in dubium vocavimus communem Dd. sententiam: qua ex quatuor articulis actionem stricti iuris nasci affirmant. Sed & ut in reliquis hoc admittam, attamen exceptum dicam articulum do ut des, propter affinitatem quam habet cum actione *argument. l. 5. §. 1 de præscript. verb. & l. fin. d. condict. caus. dat. & l. 1. d. contrah. emt.* ubi docet ICtus quod à permutatione initium emptio cepecit sicut & *Ias. ad tit. d æstimat. action.* eam actionem propter affinitatem quam cum aliis bonæ fidei actionibus habet, ipsam bonæ fidei esse docet: & est ille articulus do ut des, antiquissimus, simplicissimus & frequentissimus, non item reliqui, quod præsertim facta ut personalia strictæ interpretationis esse videatur.

LIT. D. & E.

Proponit lit. D. actionem ex istis contractib⁹ videlicet præscriptis verbis, quā eandem appellat incertā actionē, incerti condictionem, ex incerto

contractu descendentem. Quo posteriori satis ostendit se contractus innominatos ita pro incertis habere, ut condictionem certi ex iis dare posse neget: de quo, & qui quã dicatur contractus incertus, ad explicationem *l 9. de reb. cred.* dictũ est supra *disput.* 20 *th.* 11. *lit. B.* Quidquid autem eius sit, illud quoq; probandum nõ est, quod simpliciter præscriptis verbis actionem incerti condictionem appellat: quoniam cum ex notissimo usu iuris condictio significet rei alicuius repetitionem, actio vtiq; præscriptis verbis ad interesse datur *l. 5. §. 1. h. tit.* & speciale est in casu precalii, cui æquitatis intuitu actio præscriptis verbis accommodata est, cum qualitate speciali, quod competat ad repetendã rem precatio datam, idq; ipsum naturæ condictionis convenit: eoq; pertinet citata hic *l. 19. §. fin d. precar.* ad cuius rei explicationem pertinẽt tradita supra *disp.* 24. *th.* 5. *lit.* I. Quod ad rationem appellationis attinet & quare hæc actio præscriptis verbis dicatur, *Alciat.* 4. *dispunct. c ult.* ait quod in cæteris actionum formalis quædã sæpe à prætore mutari & variari solita, in hac autẽ actione semper certa verba fuerint observata. Sed videtur potius diuerso modo se res habere, quod ex cæteris actionũ causis non necessũ erat formulas utpote alias notas præscribere: ex quo firmatur coniectura Hott. improbata à Tr. qui Dd. sententiam obscure satis proponere videtur, quam ita explicat Ias. cit. loc. quod in aliis actionibus medium concludendi sumatur à nomine cõtractus, quod cum hic desit, ab ipsa qualitate negotii gesti sit petendum. Quæstionem lit. E. cum ipso Treutler. remittimus ad thes. 10.

THESIS VII.

LIT. A.

Proponit in th. si pecunia detur ut res accipiatur, emtionem esse & venditionem: quod tamen ex notatis in exegesi limitari ab ipso apparet, si modo ea quoque mens sit & voluntas contrahentium. Ego vero ubicunque agitur de transferenda re pro pecunia numerata emtionem esse affirmabo, non obstante *l. vlt. de condict. caus. dat.* de cuius conciliatione *cum l 5. §. 1. d. præsc. verb.* actum est supra *disp.* 22. *th.* 2. *lit. D.* ubi etiam actũ de conciliatione Dd. per distinctionem inter *dare* & *tradere*: (quomodo apud Treut. prp. *accipere* legendum est) quam etiam probat sed male, citatus Iason. quoniã ex causa quoque venditionis dominium transferendum, utique hoc agitur, licet, quamdiu rem tenere potest emtor, de evictione agere non possit.

LIT B.

Sunt tamen qui putant.] Hoc cum eo quod in th. traditur, non satis cohæret, imo quod in th. proponit sententiam hanc quod permutatio a contractu do ut des non differat, de quo th præced. confirmat.

Sed hic pulchrum.] De hoc quoque actum est *dict. disp.* 22. *th.* 2. *l D.* quoniam dupliciter pugnãt inter se *l. ult. de condict. caus. dat. & l. 5. §. 1. h. tit.* circa nomen negotii gesti, & periculum dantis siue accipientis.

THESIS VIII.

LIT A.

Qua in re fungibili.] Otiose repetit quæstionẽ, de mercede locationis, an in pecunia num erata tantum, an in quavis re fungibili consistat, de qua *disp. præced. thes.* 3. *lit. G.* Illud perspicuum est quod traditur lit. B. contractum do ut facias locationi quidem affinem esse, sed tamen in multis ab ea differre.

LIT. C.

Ex notatis in pr. hac lit. duplex differentia colligitur, cũ ratione rei quæ datur, tum ratione facti cuius causa datur tertia cum reliquis articulis communis est, quod recontrahitur. Quæ autem facta locari possint, quod itidem otiose hic repetis dictũ est *disp. præced. th.* 2 *inf.* Scrupulum autẽ hic movet *l 4. d. dol.* quæ ex hoc contractu do ut facias actionẽ doli concedere videtur Sed dicendum est, vel quod etiam in cæteris a[illegible] dolus intervenit, actio de dolo locũ habet [illegible] dum ea quæ mox dicentur ad th. 10. vel [illegible] quod ibi magis sit facio ut des, quoniam [illegible] *notat ad l. 5 §. quod si faciam h. t.* datio quæ [illegible]tur ad factum, facti iure censetur & contractus magis æstimandus videtur ex implimẽto, de quo disputat *Salicet in l. 5. h. t.* & ex persona agere volentis an contractus sit facio ut des nec ne statuendum est, vel ut in specie *d. l.* 4. ille agere vult qui ancillam manumisit.

THESIS IX.

LIT. A.

Proponitur hac th. secunda pars *l. 5. § 2 h. t.* ubi hoc difficile est quod cum videatur proponi articulus facio ut des, tamẽ actio de dolo consequitur, quæ *in §. seq. ad art.* facio ut des restringitur. Explicatio gloss perspicue vitiosa recte reiicitur à Treutler. Bartholi sententia convenit cũ iis quæ dicta sunt ad sit: h. præc. & probatur Donell hic

cap.

cap. 19 siquidē de actione illidanda quæritur qui fecit, & cū Stichus evictus sit, perinde esse videtur, ac si nihil datum esset. Paul. de Castro distinguit, (quæ distinctio, vt Treutler. male putat, nō est diuersa ab opinione Barthol. sed huic addēda est) an nihil plane unquā datū fuerit, an aliquid datum fuerit, quod licet evictum sit, tamen propter ignorantiam, & quod alter putans rem suā esse dederit, non posse ei imputari dolū, adeoque præscriptis verbis actionē competere: quam distinctionem licet improbet *Iaso in l* 1. §. 2. candē tamen diserte proponit & probat *in* §. 3. *colum. penul.* ubi rationē eius distinctionis addit, eamque Paul. de Castro tribuit. neque alia ratione dictū § 2. *inf. cum* §. 3. conciliare posse ait. Eoq. modo potest defendi quod h. th. ex Iuliano proponitur de actione in factum ciuili contra ignorantem danda, iunctis iis quæ dicemus ad th. seq. Sed cōciliandi eius nullam video rationem, quod Paulus in illa specie Iulianum actionem in factū civilem sed Vlpian. *in l.* 7 §. 2. *d pact.* actionē in factum prætoriam dedisse affirmant, quas quidem actiones plane diversas esse neque concurrere posse constat: ideoque in medio relinquo, an Iulianus sententiam mutasse, an Tribonianus per imperitiam verbum, civilē, ad *d* §. 2. adjecisse dicendus sit.

THESIS X.

Tractatur hic difficilis quæstio de articulo facio vt des, an ex hujus causa etiam actioni præscript. verb an tantum actioni doli locus sit, ubi initio illud frivolū videtur, quod in th. Tr. à sententia communi Dd. in judicando non esse recedendum, ait: vel quod in effectu nihil interesse videtur quæ actio moveatur: vel potius (interest enim utrique rei non conveniri actione famosa.) quod hæc quæstio ventilatur in scholis, non in foro neque tribunalibus, neque videtur hæc quæstio in judiciū deduci, ut super ea judex pronuntiare necesse habeat, maxime cū hodie sublatis actionum formulis nec actionis nomen exprimere sit necesse, sed simplex narratio facti sufficiat. Sed quod ad ipsam rem attinet. Cujac. hāc rationem reddit ad *d* §. 3. quod articulus ille cum aliquo contractuum nominatorum non habeat affinitatem. Verum ICtus & *in l* 5 *h. t.* & præcipue Vlpian. *in d l.* 7 *d. pact.* eandem actionis hujus nō in affinitate cum contractibus nominatis, sed in synalagmate & negotio civili constituunt. Duareni post Fulgos. opinio, quod *Paul. in h.* 5. §. 3. *h. tit.* non actionem innominatam, sed eam quæ certum nomen habeat, exclusam voluerit, perspicue vitiosa est, tum quod verius sit nec actionem præscriptis verbis cum actione doli cōcurrere. licet eum concursum admittit *Iason in d. l.* 5. § 3. *inf.* tum maxime quod *ex* § 1. *&* 2. *d. l.* 5. plus quam manifestum est, sub actione civili præscriptis quoque verbis actionem comprehendi & intelligi. Donellus quem Treutl. lit. C. probat, Pauli responsum de eo casu accipit, quo qui fecit à cōtractu recedere cupit, adeoque cum facta in fecta fieri nequeant, neque ita condictioni locus esse possit, in eius locum actionē doli succedere: quod jam olim videtur placuisse *Salicet. in l.* 5. §. *explicitus h. tit inf.* aut, inquit, non curat impleri cōventa sed vellet repetere, & illud est tale quod reperi non potest & datur solum de dolo. Sed ista sententia ex omnibus minime videtur probabilis 1. quia in tota illa lege nō de condictione. sed de actione præscr. verb. tractatur, quæ ad interesse & ita quodam modo ad implendum contractum datur, quam cum in præcedentibus articulis Paulus concedat, consequenter, dum *in* §. 3 actionem civilem negat, & hac in re articulum illum prioribus opponit, de ead quoque actionis specie explicandus omnino est. 2. quia ut supra probatum *disput.* 22 *th.* 2. condictio causa data non nascitur ex innominato contractu vero & expresso, sed ex quasi cōtractu *arg. l.* 5 § 1. *h. t.* ubi obiter tantum fit mētio condictionis cęteroquin toto illo loco ICtus actione ex ipsis veris cōtractibus descendente tractat. 3. quia condictio datur ex capite pœnitentiæ, cui ubi jam factū est locus esse nequit, & omninò nō nisi ineptè proponitur casus de eo qui vult recedere à contractu, vbi nullo modo recedi potest, ita vt non nisi de actione quæ ad interesse detur quæri & disputari possit. 4 quia nec actione doli cōtractus dissolvi potest, adeoque siquidem ille qui fecit nōn nisi quod sua interest consequi possit, potius actio præscr. verb. proponenda & concedenda fuisset. 5. quod alias etiam ex artic. facio vt facias danda esset actio doli. Denique quod omnis condictio est ad dandum vel faciendū, vt frustra hic de cōdictione quadā facti proprii disputetur. Priscus interpres Azo, cujus opinionem ab omnib. receptam esse testatur *Ias. in* §. 3. *l.* 5 *h. t.* distinxit inter facta ex quibus utilitas aliqua ad alterum qui dare debet peruenit: aut non pervenit ad quæ restrinxit responsum Paul. *in d.* § 3. quod illo casu in sit Synallagma non autem

hoc: nam vt ait Faius in supplemento *ad Conan. libr. 7. comment. c. ult. n.* 8. nunquam jure civili alicui actio datur eius rei nomine quæ ipsi abest contra eum cui plane nihil ex eo adest. Adeoque non putat excludi à Paul. actionem præscr. verb. si alteri aliquid adsit, sicut ex eo quod dicitur *in l. 7. §. 2. d. pact.* sufficere actionem civilem, non excludatur actio doli, ubi quis sciens rem alienam dedit *arg. l. 5. §. 2. inf. h. t.* aliam enim esse rationem contractuum nominatorum & innominatorum; illorum certam & definitam essentiam, vt sive à sciente sive ignorante res aliena in contractum deducta sit, locus sit actioni ex contractu. horum esse naturam confusam & indeterminatam, eoque tum demum recte iniri, ubi res propria vel bona fide possessa datur, cæteroquin si à sciente detur, cum præsertim ex pœnitentia condici possit nullum negotium contractum, & dantem ludendi aut fallendi animo dedisse videri, adeoque si res condici nequeat, necessario ad actionem doli sit recurrendum. Quibus admissis evertitur duplex cõsequentia *Cujac. in l. 7. d. pact.* 1. si dolo absente locus est actioni præscriptis verbis fore etiam ei locum dolo præsente: quæ refutatur inde quod illo casu adest synalagma, non etiam hoc 2. si dolo præsente locus est actioni de dolo, ergo eo absente locus erit actioni in factum subsidiariæ: quæ eod. modo refutatur, quod hoc casu synalagma nasci facit actionem præscript. verb. sed & actio subsidiaria etiam dolo præsente datur ubi vel personæ parcendum est vel actor ultro parcere vult. Ex quibus responderi potest *ad l. 15. h. t.* ubi ex articulo facio ut des tum demum actio de dolo datur ubi dolus aliquis arguitur: *licet Iason in §. 3.* concurrere putet actionem præscriptis verbis & actionem doli quod postea Duarenus sequutus est: & sane in negotiis istis quasi extra ordinarijs facilius actio doli concedi posse videtur, quod actio præscripris verbis æquitatis cujusdam intuitu cõcedi videtur, quę ratio cessat dolo interveniente. Et his consequens videtur, etiam ex causa contractuum do ut des, vel do ut facias locum esse posse actioni doli & fortassis Paul. circa articulum facio ut des in specie actionis doli mentionem fecit, quod qui facto sequuto contra conventionem rem non præstat, semper in dolo esse intelligitur, cum factum condici non possit: vt adeo ex causa contractuum do vt des vel do vt facias non facile sit admittenda actio doli, cum satis esse debeat, rem condici posse. Cæterum disputatio illa Fali quod indistincte in contractu etiam do vt des vel do vt facias propter dolum nullum videatur synalagma vel negotium, mihi non satis probatur: quia si primus rem propriam dedit vel bona fide possessam, vtcunque alter sciens det alienam, cum perinde ea evicta sit, ac si nihil dedisset, negotium utique recte contractum est, & primo condictio vel præscriptis verbis actio dabitur. Sed & si alter rem propriam dederit re quam primus dedit evicta, perinde videatur ac si alter initium contractui & prior dedisset atque ita negotium erit: quod & ad Articulum do vt facias recte accommodatur. Tutius ergo actionem de dolo adhibita distinctione Azonis ad artic. facio vt des restringemus, vel forte ex identitate rationis etiam ad articulum facio vt facias porrigemus, quod & ex sententia *Bartoli, Ias. in d. l. 5. §. 3.* proponit: nisi forte hæc differentiæ ratio est, quod cum utrimque de faciendo actum sit, utriusque par ratio esse intelligatur, cum alias etiam loco facti succedat obligatio ad interesse, ad confirmandam autem sententiam & distinctionem Azonis hoc addi & ea ita explicari potest, quod cum duplex præcipue causa sit propter quã civilis actio detur, tum quod præstiti illud ad quod præstandum via actionis cogi poteram, tum quod à me ad alium ali ꝙ pervenit, in quo præcipue synallagma & quasi fundamentum cõtractuum innominatorum consistit, eo casu, quo quis aliquid fecit ex quo ad eum qui dare debet nulla utilitas pervenit, utraque ratio cessat, & habet ille non nihil quod sibi imputet, qui facere præoccupavit, quod vt faceret non poterat cogi. Neque in eleganter differentiæ rationem assignat *Ias. in l. 5. §. 3. h. t.* quod contractus innominati vestiuntur ex negotio & aliquo implemento, & quando ergo quis facit ex quo alteri nihil quæritur, perinde est ac si nihil impleret ex quo per implementum istud alteri nihil acquiritur. Et paulo post, actio præscript. verb. nõ competit nisi vbi subest æquitas, vbi autem factum meum, non correspondet dationi tuæ, quod ex illo facto nihil tibi quæritur, cessat æquitas rei, & fit inde vt propter tale factum quod tibi nullo cedit vsui, non detur actio præscript. verb. attamen quod faciens reperitur deceptus, dum alter non servat conventa, datur ipsi actio de dolo: neque alia ratione hæc res expediri posse videtur.

THE-

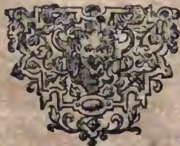
THESIS XI.

Nihil hac th. notandam, quam levis incuria lit. B quod cum in th. proposuisset ex hoc articulo actionem præscriptis verb. in allegatis pro diss. allegat Hottom. qui ex quatuor illis articulis actionem bonæ fidei nasci statuat. Etenim aliud vtique est negare ipsam actionem præscr. verb. quod non facit Hottom. & negare eius qualitatem bonæ fidei vel stricti juris, de quo dictum est supra th. 2. Illud quod subiicit de pœnitentia, non necessum erat auctoritate Donell. probare quod juris id sit apertissimi, eum qui dedit (nam in factis condictioni locus non est.) antequam alter satis faciat conventis repetere illud posse, quod scilicet in mora præstandi esse intelligatur: vt proinde non tam duplex; vt vulgo statuitur, pœnitentia & cessatio, condictionis hujus causa esse videatur quam vna, cessatio: quod certum sit postquam satisfecit nullam superesse condictionem: nisi quis hac ratione duplicem faciat, quod conditio, & interpellato debitore & etiam nõ interpellato conceditur: quo posteriori casu, quamvis & hic cessatio sit, in specie ex capite pœnitentię condictionem causa data institutam videri, non improbabiliter dici possit.

THESIS XII.

De distinctione actionum in factum supra *th.* 1. tractatum est, ex quibus efficitur definitionem actionis prætoriæ in factũ hic propositam, quod ea sit, quam verbis & mente legis cessante prætor vel adiuvandi vel etiam supplendi juris civilis gratia comparaverit, esse augustiorem definito: quoniam actiones etiam quædam prætoriæ in factum sunt, quæ non juri civili, sed ipsi etiam edicto prætoris sunt subsidiariæ: cujusmodi est actio quæ dicitur subsidiaria in factum actioni doli, non comparata supplendi aut emendandi juris civilis gratia, sed quod propter conditionẽ personarum contra quas agendum est, verba in ipsum factum omissa mentione doli diriguntur. Et de illo quoque dubito quod ita actionem in factum prætoriam opponit civili, vt illa sit quæ deficientibus verbis & mente legis datur, hæc quę ex mente legis; neque video quominus etiam aliquando à prætore ex mente legis actio concedi, & vicissim per interpretationem, etiam deficiente mente legis, citra auxilium prætoris actio induci possit. Plane in toto jure frequentissime actio quęex mente legis est, utilis vocatur, quæ licet generali appellatione actionis in factum contineri possit, eam tamen aliquando etiam actioni civili opponi non dubitauerim. Neque etiam satis recte eundem effectum interpretationi & menti legis tribuendum existimem: quod licet ad eliciendam mentem L. interpretatione aliqua opus sit, attamen hæc latius etiã & p consequentias remotiores effectũ legis extendere possit: & id ex mente legis esse dicitur, principaliter & proprie, quod ex ipsa ratione & hujus identitate inducitur, parum differens ab eo, quod ipsis verbis legis cautum est: quod confirmatur exemplo curæ prodigorum, quæ legitima dicitur, cum L. XII, tabb. tantum de furiosis esset loquuta, vt ipse Tr. tradit infra *g.* 2. *disp.* 8. *th.* 8, itemque exemplo tutelæ legitimæ patronorum, de quo *inst. d. legit patr. tutel.* scribit quod ex identitate rationis perinde accepta sit ac si verbis legis introducta esset, quod porro etiam ad tutelam parentum traductum ibid. ostendit *Iustin. tit. sequen.*

FINIS.





INDEX
RERUM ET QVÆSTIONVM MAXIME NOTABILIVM, IDEMQVE BREVIS, QVOD TREVTLERIANVS ETIAM AD HOC OPVS INDICIS VICUM præstare poteſt. Prior numerus diſputationem, poſterior theſin denotat.

A.

Con-

D.

E.

F.

INDEX

Legum & §§, quibus hoc opere lux aliqua illata est.

INDEX LEGVM:

FINIS.

